

# LAS TRES CONCIENCIAS

Rafael de Asís Roig  
Universidad Carlos III de Madrid

## INTRODUCCIÓN



MI contribución a este seminario sobre el sentido de la actividad judicial ante la Política, la Moral y el Derecho, intentará apuntar algunas cuestiones, ya tradicionales en el ámbito de la Filosofía del Derecho, que se proyectan básicamente en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Desde esta perspectiva, me ceñiré exclusivamente al análisis del conflicto que, en la sentencia que se discute, se describe entre tres conciencias: la del Estado, la del objeto y la del juez.

Puede parecer a primera vista extraño que se hable de conciencia del Estado. Tradicionalmente, bajo el postulado de la radical separación entre los ámbitos de la Moral y el Derecho, se suele afirmar que la primera se ocupa de la conciencia, principalmente desde un punto de vista individual, mientras

## ■ LEY Y CONCIENCIA

que el segundo afecta a la convivencia social. Esta consideración cambia cuando el asunto se proyecta en determinadas formas de Estado y de Derecho. Se dice así que en un Estado democrático, el Derecho da trascendencia a ciertos postulados morales. Esto, sin embargo, difiere relativamente de la posible consideración del Estado como sujeto dotado de conciencia. No obstante, como puede observarse en los hechos probados de la sentencia, dentro del punto tercero, el objetor, al manifestar su negativa a realizar la prestación social sustitutoria, señaló, entre otras cosas, que esta "...no es consecuencia de una auténtica *conciencia social* por parte del Estado, sino de la existencia previa de unos objetores de conciencia...".

Así las cosas, parece que se atribuye al Estado la posibilidad de poseer una auténtica conciencia, eso sí, circunscrita a un supuesto carácter social. Esto, como veremos, reviste importantes consecuencias para la argumentación que aquí se desarrollará, pero además permite apuntar algunas otras cuestiones. Tal vez, la más importante sea la de que con la atribución de una conciencia al Estado puede llegar a convertirse a éste en sujeto moral, lo que necesariamente implica a su vez, y dado el carácter social de la misma, la atribución de ciertas obligaciones, que serán las que analicemos más adelante, estrechamente relacionadas con la idea de legitimidad. Ahora bien, junto a esta señalización de obligaciones, la presencia de una conciencia social en el Estado, le convierte también en sujeto de pretensiones, o lo que es igual, en titular de exigencias con posibilidad de conversión en derechos.

De todos modos, resulta difícil aclarar el sentido y las proyecciones de esa conciencia social del Estado. Si nos fijamos en un Estado democrático, cuando se habla de conciencia social se podría estar haciendo referencia a la necesidad de que su actuación se hiciese teniendo en cuenta siempre los intereses de la sociedad. Ahora bien, esto sólo tendrá trascendencia en el Derecho en el caso en el que el Ordenamiento de pie para hablar de una conciencia de este tipo. La presencia de valores como el de libertad e igualdad apoyaría esta consideración. Pero tal vez la explicación jurídica de esa conciencia social podría llevarse a cabo a través de la idea de solidaridad. En ella encontrarían justificación ciertas obligaciones que tienen como titular al Estado, siendo posible también su extensión a los particulares' .

En lo que se refiere a la conciencia del objetor, no parece que debamos extendernos mucho en esta introducción. No es necesario recordar el papel que juega la conciencia en la ética como fuente de deberes y pretensiones justificadas. Por otro lado, el reconocimiento y respeto de la conciencia por parte del sistema político se constituye en uno de los puntos esenciales que permiten caracterizarlo como legítimo. Algo parecido cabe decir en relación

al Derecho, que contará con más razones para ser obedecido si en él se articulan mecanismos de protección de la conciencia de los individuos, si bien, en este plano, no puede pasarse por alto que sólo el reconocimiento positivo de esos mecanismos es lo que permite hablar, en sentido jurídico, del respeto a la conciencia.

En relación con lo que hemos denominado como conciencia del juez tampoco nos detendremos en exceso. Ciertamente no cabe negar sin más la existencia de una conciencia en el juez. Ahora bien, no debe pasarse por alto que su situación es especial. Por un lado, forma parte del concepto de Estado en sentido amplio, lo que, como veremos, permitirá señalar en él la presencia también de una conciencia social. Por otro lado, su actuación está sujeta a unos determinados principios que componen su misma esencia, algunos de los cuales pueden llegar a ser contrapuestos, como fácilmente se desprende del asunto que nos ocupa. Es el caso, por ejemplo, del principio del sometimiento al Derecho y del de la independencia judicial.

Dos últimas aclaraciones terminológicas parecen necesarias. La primera se refiere a la utilización de los términos Poder y Estado. Hablaremos en lo que sigue indistintamente de Poder y de Estado. Ciertamente, no parece que deban identificarse siempre, y más si la argumentación se proyecta en un determinado Estado que se basa en la soberanía popular. No obstante, para un mejor planteamiento del problema realizaremos esta identificación. La segunda afecta al sentido del término conciencia. Se trata de un vocablo susceptible de ser abordado desde ámbitos diferentes. No haré aquí referencia a las distintas formas de acercamiento al mismo, sino que exclusivamente se utilizará como fundamento básico de los comportamientos, relacionándola con el sentido de la autonomía moral.

## TRES CONCIENCIAS EN JUEGO

La sentencia 75/92 del Juzgado de lo Penal número 4 de Madrid plantea, con carácter general, la posible colisión de las tres conciencias a las que nos referíamos anteriormente. Esta concurrencia puede ser dividida en tres órdenes de problemas: Estado-objeto, Estado-juez y objeto-juez.

La posible colisión entre la conciencia del Estado y la del objeto nos remite a un tema ya tradicional en el ámbito del pensamiento iusfilosófico. Se trataría, en definitiva, de analizar, por un lado, el sentido de los límites del poder, pero también, por otro, el de los límites de los derechos. Ciertamente, cabe afirmar que en un Estado moderno el postulado de la limitación

del poder se apoya en el respeto de la autonomía del individuo, lo que se traduce en el respeto de su conciencia. No hace falta recordar cómo el origen de los derechos fundamentales tiene, en la reflexión sobre los límites del poder del Estado, uno de sus polos más importantes.

Pero también, dentro de esta posible colisión, surge el problema de la limitación de los derechos. La reflexión, a la que nos referíamos con anterioridad, que se produce en el origen de los derechos fundamentales, incide también en esta problemática. Hay que recordar en este sentido cómo, por ejemplo, en un sector importante del pensamiento contractualista, la colisión entre los derechos naturales de los individuos provoca la necesidad de la aparición de un Poder que dé seguridad a su disfrute. Además, si se defiende la posible existencia de una conciencia social en el Estado, esta limitación, con el objetivo de hacer compatibles las distintas pretensiones, exigencias y necesidades de los hombres, cobra mayor relevancia.

Dentro de este problema no hay que perder de vista que junto a la reflexión ética, la cuestión que se suscita tienen también una vertiente jurídica, con lo que habrá que atender a aquello que dispone el Derecho. Es decir, la argumentación que se realiza sobre esta sentencia no debe olvidar que existe una normativa que es la que determina la realidad en el ámbito jurídico.

Una segunda colisión que se nos plantea es, como señalaba antes, la que se produce entre la conciencia del Estado y la del juez. Esta problemática puede ser abordada desde dos puntos de vista, según se quiera concebir al juez como un individuo más o como perteneciente a un estamento encuadrable dentro del concepto amplio de Estado o de Poder.

Si la colisión entre la conciencia del Estado y la del juez, se pone en juego considerando a este último como un individuo más, estaríamos en presencia de un problema similar al anterior. Esto nos llevaría a desechar la posible colisión al no poseer unas notas que permitiesen individualizarla. No obstante, no parece ser éste un planteamiento real y adecuado del problema.

Más bien, el significado de la colisión se proyectaría en la consideración segunda del juez, que, no olvidemos, es la única que permite calificar a un individuo como tal. Desde esta perspectiva, encontraríamos, a primera vista, una contradicción lógica. Al ser el juez parte del concepto amplio de Estado participaría también de su conciencia, con lo que sería difícil establecer un enfrentamiento en la misma conciencia. No obstante, el concepto amplio de Estado es complejo, con lo que la contradicción se desvanece relativamente. Subrayo relativamente ya que, como podrá fácilmente advertirse, admitir dentro del Estado la existencia de distintas conciencias, fundamento de su ac-

tuación, complicaría ostensiblemente el problema que analizamos. Imaginemos que la Administración, parte integrante también del poder, actuase conforme a su conciencia y que ésta fuera contraria a la del resto del Estado o, como se apuntará más adelante, a la de los ciudadanos.

Volviendo a la posible colisión entre la conciencia del juez y la del Estado, el problema se puede reconducir al tradicional de la separación de poderes. Para ello, por poder tendríamos que entender básicamente al denominado poder político, o si se prefiere, poder ejecutivo. No obstante, esta identificación tendría que ampliarse en un asunto como este con la inclusión del legislativo, que es a quien corresponde, de manera principal, la elaboración de las normas (y más en relación a este problema). Así las cosas estaríamos ante un posible conflicto entre la actuación en conciencia del poder judicial y la del Estado. Ahora bien, esta colisión, que, como ya hemos señalado, se mueve en torno al tema ya clásico de la separación de poderes, está regida por ciertas reglas que afectan a los dos polos de la relación. Por un lado, la actuación del juez está sometida a los principios de independencia y de sometimiento al Derecho; por otro, la del Estado, lo está al de legalidad (esto es, al de sometimiento al Derecho). En este sentido, no parece que respecto a las normas jurídicas puedan surgir conflictos en la actuación de estos sujetos. Es decir, su conciencia estaría limitada o, mejor, circunscrita al sentido de las normas, lo que quiere decir que tanto el poder judicial como los restantes centros que componen el concepto amplio de Estado no tienen otra conciencia que la de la norma, a excepción de aquellos a quienes corresponde su creación. Sólo existirían dificultades respecto a los denominados casos difíciles o, más concretamente, en relación a asuntos en los que no parece existir una norma concreta a aplicar o en los que caben diversas interpretaciones. Eso sí, las distintas soluciones a considerar no podrían transgredir los principios y valores del sistema.

El problema de si los jueces están o no legitimados para crear Derecho, lo que en caso afirmativo podría variar la argumentación antes efectuada, será analizado más adelante.

La tercera colisión, que ciertamente no aparece en la sentencia 75/92, pero que, lógicamente, atendiendo a las consideraciones iniciales, podría surgir, es la que se origina entre la conciencia del objetor y la del juez. Al igual que en el caso anterior, dos puntos de vista pueden variar su significado. Desde el primero, el juez se contemplaría como un individuo más, igual al objetor, con lo que estaríamos ante un conflicto entre dos conciencias. Ahora bien, en este caso sucede lo mismo que en la colisión entre Estado y juez, cuando se considera a este último como individuo: a lo que estamos haciendo

alusión es a otro problema en el que el sentido de la institución de juez no aparece por ningún lado. El segundo punto de vista, sí contemplaría al juez como tal, lo que significa que es parte del concepto amplio de Estado. En esta proyección, las consideraciones realizadas respecto a la primera colisión vuelven a cobrar relevancia. Pero además, de forma particularizada, surgen ciertas notas que se refieren al papel del juez y a los principios, antes destacados, rectores de su actuación, esto es, independencia y sometimiento al Derecho. Así, además de los límites que pueden señalarse en el comportamiento del Estado respecto al individuo, habría aquí que plantear un límite preciso a la actuación del juez teniendo en cuenta exclusivamente los dictados de su conciencia. No parece que puedan aportarse razones fuertes para apoyar una actuación así en los jueces, ya que con ellas podríamos llegar a justificar decisiones sorprendentes. Imaginémos, por ejemplo, el caso de un juez, partidario del servicio militar como forma de realización integral del hombre, que movido por su conciencia no reconociese el derecho de un objetar a la no prestación de este servicio. Esta sería una actuación claramente contraria al Derecho.

Una vez planteados con carácter general los distintos conflictos a los que parece aludir esta sentencia, examinemos algunos problemas estrechamente conectados con éstos, pero ya más vinculados al sentido de la sentencia en cuestión.

## 1. El juez y la sentencia 75/92

De la argumentación desarrollada por el juez pueden plantearse ciertos puntos que dejan por mucho de resultar claros. Esto no quiere decir que toda la argumentación sea criticable, pero sí que en ella aparecen ciertos saltos en el discurso, así como la asunción de determinados postulados ciertamente cuestionables de por sí. Abordaremos algunos de ellos que afectan básicamente a la reflexión iusfilosófica.

En primer lugar, resulta llamativo que el juez, al comienzo de los fundamentos de Derecho, juzgue la bondad o maldad de la ley orgánica 8/84. En la búsqueda del bien jurídicamente protegido por la ley lleva a cabo diversas consideraciones que se salen del papel y funciones que debe desempeñar, independientemente de lo acertado o desacertado de las mismas.

Dentro de este examen de la ley, también es llamativa la consideración del juez sobre el valor solidaridad. Analizando la posibilidad de que la referida Ley tenga como bien jurídicamente protegido a la prestación social,

afirma: "Si se estima que lo es (el bien jurídicamente protegido) la prestación social en sí misma, esto es, considerada como una actividad, sucede que su carácter obligatorio se contradice frontalmente con la solidaridad, esencialmente voluntaria, que la fundamenta". Me parece que como argumentación moral de signo individual, el carácter voluntario de la solidaridad es innegable. Otra cosa ocurriría si nos saliésemos de esta perspectiva para adentrarnos en una social o en una en la que la ética de la responsabilidad tuviese cierto peso. Pero además el traslado de este valor al ámbito jurídico hace que pierda ese carácter. Así, si se defiende que en nuestro Ordenamiento jurídico, el valor solidaridad tiene cabida, esto significa que incluso pueden llegar a imponerse de manera coactiva actividades solidarias. Otra cosa será si detrás de esa imposición aparece realmente el valor solidaridad, pero ésta es otra cuestión que se conecta con la posibilidad o no de juridificar ese valor.

Aspecto cuestionable de la argumentación del juez es también el de la primacía de la conciencia en un supuesto conflicto entre conciencia y ley. Otra vez aquí, con carácter general, la respuesta a este problema depende de si nos situamos en una perspectiva moral o en una jurídica. Desde la moralidad, la primacía de la conciencia es evidente, siempre y cuando con ella no se esté atacando la moralidad de otro. Desde el ámbito jurídico, el papel de la conciencia, en un Ordenamiento inspirado en los valores de la libertad y la igualdad, también es esencial; si bien llega hasta donde el sentido de las normas lo permite. No hay que olvidar que en este ámbito deben ser tenidos en cuenta otros valores, como el de la seguridad. Además, si se hace referencia a una posible conciencia social del Estado, la primacía de una sobre otra no admite una única respuesta, sino que esta habrá de ponderarse en cada caso. El mismo juez, en el fundamento de Derecho número cinco, parece entender así al Derecho al calificarlo como "resolución de conflictos de intereses". Así, desde la perspectiva de la conciencia social, no sería extraña la aparición de casos en los que la actuación en conciencia de un individuo podría limitarse teniendo en cuenta sus consecuencias en la sociedad o, si se quiere, en una actuación en conciencia de los demás.

Llama también la atención el significado que para nuestro juez tiene el concepto de persona. Aquí vuelve a plantearse una dicotomía entre la argumentación moral y la jurídica. Ciertamente, no cabe negar que, presupuesto de toda argumentación moral es el valor de la persona como tal, en definitiva su consideración como sujeto moral. En el ámbito jurídico, dentro de un Ordenamiento como el nuestro, esto también parece ser así, si bien existen algunas matizaciones. La dignidad de la persona, en virtud del artículo 10.1 de la Constitución es fundamento del orden político y de la paz social

## ■ LEY Y CONCIENCIA

(aunque no olvidemos que lo es también, según este artículo, el respeto a la ley). No obstante, el concepto de persona que maneja el Ordenamiento no es el mismo que se utiliza en las argumentaciones morales. Los Ordenamientos jurídicos poseen una localización espacial y temporal que les condiciona. Así, por ejemplo, desde el punto de vista moral, no cabe hacer distinción entre un nacional y un extranjero, pero esto sí que cabe en el ámbito jurídico en relación por ejemplo a los derechos de participación política, que no olvidemos son la base del sistema jurídico-político.

La justificación moral y política que en la sentencia se nos plantea respecto a la desobediencia civil también puede ser objeto de matizaciones. Según el juez, no cabe considerar una desobediencia civil que no esté moralmente justificada porque en ella se invocan valores universalizables. Aparte de si es cierto o no que en todo caso se invoquen valores de este tipo, la justificación dependerá del ámbito moral en el que nos movamos. Desde una perspectiva exclusivamente individual, la desobediencia civil sí que parece tener siempre una justificación ética. Desde una perspectiva social, esta justificación dependerá de otros muchos factores. Cerrar el campo de la ética a lo exclusivamente individual no parece ser del todo correcto<sup>2</sup>.

Por su parte, la razón que se da como justificación política de la desobediencia no parece servir al propósito que se pretende. Es evidente, que "ni un procedimiento democrático ideal es capaz de garantizar para todos los casos posibles la moralidad de sus resultados". Y es por ello por lo que pueden existir desde el punto de vista moral razones fuertes para desobedecer. Ahora bien, centrándonos en el ámbito de la política, parece ser una opinión mayoritaria la consideración de que en ella prima la ética de la responsabilidad frente a la de la convicción. Desde esa ética, habrá que atender también a los resultados, cosa que no hace el juez, para analizar si existe o no justificación.

Por último, el que a mi modo de ver es el hilo argumentativo fuerte de la sentencia, no me parece tampoco muy acertado. El juez indica cómo el objeto no se opone, en el caso que se examina, al cumplimiento del servicio militar (independientemente de que lo hiciera en su momento), sino a su misma existencia. De tal forma, parece describir dos objeciones con un mismo fundamento ético. Trasladado esto al ámbito jurídico, la primera objeción tiene un reconocimiento jurídico innegable, cosa que no ocurre con la segunda. La objeción de conciencia a la realización de la prestación social sustitutoria no parece tener un reconocimiento jurídico expreso. Aún así, no creo que pueda rechazarse una aplicación del derecho a la objeción a una obligación tal. En nuestra jurisprudencia constitucional se han dado casos de este tipo



en relación, por ejemplo, con la práctica del aborto (si bien, la regulación posterior sobre esta materia no se ha llevado a cabo en términos de objeción). Ese podría ser el camino seguido por nuestro juez. Sin embargo, el problema se plantea como desobediencia civil.

Y aquí creo que se encuentra una de las dificultades más importantes de su argumentación. El juez trata de dar una justificación jurídica a algo que considera como desobediencia civil, y ésta, por definición, es ilegal. Incluso cuando el juez se plantea el significado de la desobediencia civil expone los caracteres que la doctrina ha identificado como propios de ella, entre los cuales está, no olvidemos, su carácter ilegal. Dificilmente podrá darse una justificación jurídica a algo que por esencia es ilegal. Si consideramos que la desobediencia civil lo es, parece que su realización constituiría un delito, caracterizado en última instancia por la nota de la antijuridicidad. Desde esta perspectiva, no parece que pueda darse una justificación jurídica a lo antijurídico. Esto, independientemente de que las transgresiones al Derecho puedan, en determinados casos, ser castigadas con penas menores; de que pueda haber razones morales para desobedecer; y de que, a través de la objeción de conciencia, que sí se le puede dar un fundamento jurídico, se hubiera llegado a una solución similar.

No cabe apoyarse en el estado de necesidad como causa de justificación de la desobediencia civil. Si hay estado de necesidad no hay desobediencia civil, ya que falta la antijuridicidad. Es exactamente el mismo razonamiento que puede darse en relación con el homicidio y la legítima defensa. Si concurre ésta, no hay homicidio, o lo que es igual, no cabe caracterizar a una conducta como homicidio, por haberse hecho en legítima defensa.

En resumen parece que sobre la argumentación jurídica que debe presidir la labor judicial, el juez ha optado, en este caso, por una de índole moral que no parece ser la que corresponde a su posición. Otra cosa sería si la misma hubiese sido realizada por un sujeto ajeno a ese cuerpo.

Pero además de estos problemas concretos de la argumentación del juez en la sentencia, creo que pueden destacarse tres cuestiones de indudable significado en lo referente a la posición del juez ante la política, la moral y el Derecho. Estas son: el sentido de los principios de independencia y de sometimiento al Derecho; el significado de la conciencia social del Estado en relación con el juez y la pretensión de reconocimiento de una objeción de conciencia en el juez.

Respecto al primer problema, ya hemos afirmado cómo el juez está vinculado a determinados principios que se constituyen en elementos esenciales de su propio concepto. Entre ellos destacábamos, sin carácter exhaustivo,

los de independencia y sometimiento al Derecho. En relación con el principio de independencia judicial, no parece que pueda proyectarse sobre el reconocimiento de una actuación, según conciencia, del juez apartada del Ordenamiento jurídico. Este principio más bien se refiere a la necesaria desvinculación del juez con postulados políticos, éticos y económicos ajenos a los valores que presiden el sistema. Por su parte, el sometimiento al Derecho no es más que la contrapartida de la independencia. Los jueces están sujetos a lo que dispone el Derecho y no pueden salirse de él. Ciertamente, podremos encontrarnos con casos de normas que no poseen una única interpretación o con asuntos en los que no cabe hablar de una única respuesta correcta. Ante ellos, el juez puede tomar una decisión u otra, pero, en ningún caso, podrá apartarse del Ordenamiento. El razonamiento judicial es un razonamiento jurídico, regido por reglas de este tipo, algunas de las cuales son lo suficientemente amplias como para dar cabida a principios éticos. Pero su asunción habrá de hacerse siempre en conformidad con lo que dispone el Derecho.

Esta posición no tiene por qué llevar a negar la posibilidad de la creación judicial del Derecho. El sometimiento del juez al Derecho es igual que el de los restantes órganos que componen el concepto de Poder. Esto significa que, al igual que la Administración al dictar reglamentos, las decisiones de los jueces tendrán que estar apoyadas en normas, sin que esto conlleve apartar a éstas de ese carácter. En aquellos casos en los que no parezca haber solución normativa específica, el juez podrá solucionar el problema siempre dentro de los parámetros que señala la Constitución. Es una actuación similar a la del poder legislativo, que crea normas siempre dentro de lo dispuesto en la Carta Magna. No obstante, puede interponerse a esta argumentación la de la falta de legitimidad de una actuación así en el poder judicial; si bien éste es un tema que nos apartaría del problema.

La segunda cuestión general que suscita la sentencia en torno a la figura del juez está estrechamente relacionada con su consideración como parte integrante del concepto amplio de Estado. Desde esta perspectiva, el juez sería también portador de una conciencia social, lo que tendría que originar ciertas consecuencias. En primer lugar, el juez tendría que interpretar las normas conforme a esta conciencia. Y aquí conviene que nos detengamos mínimamente.

Cuando hablé del sentido de la conciencia social en el Estado, señalé como debe estar determinada en todo caso por lo que dispone el Derecho en cada momento. Y esto debe ser subrayado respecto a la actuación judicial. Lo que quiero decir es que el juez, al interpretar las normas, tendrá que

hacerlo sin perder de vista esa conciencia social, pero, eso sí, dentro de los márgenes del Ordenamiento.

Y esta exigencia encuentra justificación en un valor derivado también de la denominada conciencia social del Estado. No parece cuestionable que ella sea una de las fuentes de sus obligaciones, ni que entre estas últimas figure la de dar seguridad o certeza a las relaciones entre los hombres. Dificilmente podrá llegarse a esta seguridad si se argumenta en favor de una libre interpretación de los problemas según la conciencia de cada juez.

El juez como parte integrante de los poderes públicos está sujeto, en virtud del artículo 9.1 de la Constitución, a una obligación de obediencia al Derecho en dos sentidos. El primero está conectado al principio de legalidad, recogido con carácter general en el 9.3 de la Constitución, lo que supone que una actuación contraria al Derecho estaría prohibida. El segundo se conecta con los valores del artículo 1.1 y con el 9.2 de la Constitución, y tiene como significado el que la actuación de los poderes públicos tiene que ir encaminada a la realización efectiva de los valores que se constituyen en norma básica material de nuestro Ordenamiento. Desde este segundo sentido, la obligación de obediencia se vincula claramente con el respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales<sup>3</sup>.

Esto nos conecta con el último problema que me gustaría apuntar aquí en relación con la actuación del juez, y que es el de la justificación o no de un posible derecho a la objeción de conciencia. Ciertamente la defensa de éste se podría hacer incluso con su consideración como funcionarios públicos dotados de una obligación de obediencia cualificada. No en balde el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia a determinados médicos de la Seguridad Social ante el aborto (aunque, como ya he señalado, la regulación posterior no se mueve en esos parámetros). No obstante, resulta problemática esta extensión a la figura del juez en virtud de los principios que hemos examinado.

Ahora bien, no hay que confundir en relación a este problema la cuestión de si cabe justificar la objeción de conciencia del juez a la aplicación de una norma con su consiguiente inhibición y remisión a otro miembro del poder judicial, con la de si cabe justificar una objeción similar, pero no ya con la inhibición y remisión, sino con la resolución contraria al Derecho. El primer caso no tiene por qué llevar a una negación rotunda; el segundo, parece que sí.

La resolución contraria a Derecho apoyada en la objeción de conciencia no tendría justificación si atendemos al sentido que nuestra Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial otorgan a la labor judicial. Así, por ejemplo,

el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial señala: "La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Por otro lado, las reflexiones realizadas sobre el carácter del razonamiento judicial nos confirman en esta idea. Pero es que además esto sería radicalmente contrario a los principios que definen la esencia de la actividad judicial. Ciertamente, frente a esto podría argumentarse que el juez podría también objetar ante estas obligaciones. No obstante, creo que hay razones fuertes, más adelante señalaré una, para no dar cabida a esta postura que, por otro lado, situaría fuera del significado de la función judicial a esa persona.

El primero de los casos sí que podría encontrar apoyo en nuestra normativa, aunque ciertamente no bajo el rótulo de la objeción. Ante un problema de este tipo el juez puede, apoyándose en la conciencia social y en las obligaciones que dimanen de ella, solicitar la cuestión de inconstitucionalidad. Pero también podría el juez hacer uso de lo que se dispone en el artículo 2.º, párrafo 2.º, del Código Penal, refiriéndose a la actuación judicial: "Del mismo modo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debería serlo, o la pena fuese notablemente excesiva, atendido el grado de malicia y el daño causado por el delito". Estas dos actuaciones estarían relativamente alejadas del sentido de la objeción de conciencia, aunque, no debe pasarse por alto, que la misma no es en sí una actuación contraria al Derecho, sino que, por el contrario, al estar juridificada, es una actuación conforme al mismo.

Más cercana a la objeción sería la utilización de alguna de las causas de abstención reguladas por nuestro Ordenamiento. En este sentido, el artículo 217 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone: "Los Jueces y Magistrados deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados cuando concurra causa legal". Por su parte, el artículo 219 de ese mismo cuerpo legal señala, entre las causas de abstención y, en su caso, de recusación, la de la amistad íntima o la de tener interés directo o indirecto en el pleito o causa. Teniendo en cuenta esto, el artículo 221.1 dice: "El Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causas expresadas en los artículos anteriores se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse". Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal también contempla estos supues-

tos de abstención y recusación en su artículo 54, facilitando, en el 55, la posibilidad de inhibición del conocimiento del asunto, sin esperar a la recusación<sup>4</sup>.

Podría así el juez argumentar que posee un interés directo o indirecto en la causa, al estar en conciencia en desacuerdo con el sentido de la norma. No paso por alto el que este razonamiento podría llevar a resultados un tanto complicados en el desempeño de la labor judicial; si bien, tampoco hay que olvidar que el Ordenamiento está protegido frente a una actuación irreflexiva en este sentido. Así, en el punto 2.º del mencionado artículo 221 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se obliga a la motivación de la abstención, mientras que en el punto 3.º, se establece que en caso de que no se estime justificada, se ordenará al juez la continuación del proceso pudiendo serle impuesta una corrección disciplinaria.

Ciertamente la posición del juez condiciona y limita bastante el ejercicio de un derecho así, pero en virtud de lo anteriormente expuesto, no creo que pueda negarse en rotundidad, la alegación de un problema de conciencia por parte del juez en relación con determinados procesos puntuales.

## 2. El objetor y la sentencia 75/92

La sentencia suscita, al menos, dos cuestiones distintas en relación con el objetor. En primer lugar, la de la justificación ética de la objeción y de la desobediencia civil. En segundo lugar, la de su justificación jurídica.

Respecto a la justificación ética de la objeción de conciencia, no parece que en un Estado democrático puedan señalarse razones que lleven a su negación, siempre y cuando a través de ella no se esté lesionando un bien de mayor relevancia ética. Y lo mismo cabe decir respecto a la desobediencia civil; si bien aquí no siempre inciden motivos de conciencia.

Esto no quiere decir que no puedan señalarse razones para argumentar a favor de una obligación moral de obedecer al Derecho, y más cuando este reúne una serie de características que le acercan a la justicia<sup>5</sup>. No obstante, parece complicado realizar una defensa de tal obligación con carácter general y dirigida a la totalidad del Ordenamiento.

Algo distinto es el problema en relación con la justificación jurídica. El reconocimiento de la objeción de conciencia para supuestos determinados estrecha su campo de acción, si bien éste puede ser ampliado, por ejemplo, a través de la analogía o mediante el apoyo de otros derechos como el de la libertad de conciencia. Sin embargo, estarán aquí en juego otros derechos y

normas y, en todo caso, nunca cabrá realizar una argumentación que lleve a soluciones que se aparten del Ordenamiento. Subrayo en este punto que estamos ahora refiriéndonos al campo jurídico, en el que esto es así, aun cuando existan razones éticas que justifiquen una actuación distinta.

Así, en relación con nuestro Ordenamiento, puede hablarse de una obligación jurídica de obedecer al Derecho en virtud del artículo 9.1, que no es más que el traslado al plano de la normativa constitucional de ciertos postulados que se mueven en el de la lógica jurídica. Ahora bien, esta obligación se relaciona con los distintos derechos también reconocidos en nuestro Ordenamiento, entre los que destaca, respecto al tema que nos ocupa, el de la libertad ideológica.

En relación con la desobediencia civil, no parece que quepa hablar de una justificación jurídica. Y esto es así, principalmente porque ello iría en contra del mismo concepto de desobediencia civil que, por definición, es un acto ilegal, es decir, contrario a Derecho. Es difícil, sino imposible, justificar jurídicamente una actuación contraria al Derecho, salvo que se mantengan posiciones iusnaturalistas. Pero además, tampoco creo que pueda articularse la plasmación de un derecho a la desobediencia civil, porque ello conllevaría la misma negación del sentido del Derecho.

La justificación jurídica de la desobediencia se ha intentado por dos vías. La primera consistiría en buscar dentro del propio sistema algunos tipos justificados de desobediencia<sup>6</sup>. En este caso no sería posible hablar de desobediencia, ya que propiamente se le estaría obedeciendo. La segunda vía consistiría en argumentar desde posiciones extrajurídicas en favor de la misma, pero esto, como venimos señalando, no es una justificación jurídica.

### 3. El Estado y la sentencia 75/92

Al igual que nos ocurría en los casos anteriores, el papel del Estado en esta problemática invita a realizar distintas consideraciones. Me centraré aquí en dos: el significado de la conciencia social y la proyección de la problemática en el Derecho.

Respecto al significado de la conciencia social, resulta fácil destacar cómo, desde las consideraciones que venimos efectuando, surgen de ella una serie de obligaciones en el Estado, que afectan claramente al sentido de su legitimidad. Estas, para tener relevancia jurídica, deben encontrar apoyo en el Ordenamiento. En el caso español, con carácter general podrían destacarse en este sentido, la obligación promocional del artículo 9.2 de la Constitución



y la de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, derivada del 9.1 en relación el 1,1<sup>7</sup>. No obstante, estrechamente conectada con las anteriores, creo que la conciencia social de un Estado democrático impone también con carácter necesario el que éste, a través del Ordenamiento jurídico, facilite ciertas formas de "desobediencia" mediante el reconocimiento de la objeción de conciencia. Un Estado de este tipo se construye y se apoya en el consenso, pero esto no es óbice para que, en su consideración como tal, sea necesario el reconocimiento de la posibilidad de disentir, lo que se hace a través de la objeción de conciencia.

En lo que atañe a la proyección de la problemática en el Derecho parece que dos caminos se abren en torno al problema. El primer camino sería el de la apertura del Ordenamiento a través de la interpretación del juez sobre la objeción de conciencia, siempre, claro está, respetando las coordenadas que hemos venido señalando. Como ya hemos dicho, si en esta sentencia el juez hubiese optado por calificar el comportamiento enjuiciado como objeción, entiendo que ésta tendría cierta apoyatura legal. Es decir, habría dado una justificación jurídica, independientemente de su corrección o incorrección, la cual, sería juzgada, en su caso, por las instancias judiciales correspondientes.

El segundo camino admite dos posibilidades. La primera no es otra que la del cambio de la legislación. No parece que existan en un Estado como el nuestro razones fuertes que justifiquen el mantenimiento de una normativa como la actual en relación con el problema en cuestión. Fuera de los condicionamientos económicos<sup>8</sup>, tradicionalmente se aducen para la justificación del servicio militar obligatorio razones como la de la defensa a la patria, mientras que para la realización de la prestación social sustitutoria las de solidaridad. En cambio, la normativa sobre esta última no parece atender a este fundamento, sino que se relaciona con la primera. Por otro lado, si se quisiese justificar en la idea de solidaridad, parecería ser ésta una norma inconstitucional al no respetar el principio de igualdad.

Desde la regulación actual, la prestación social encuentra su fundamento en el incumplimiento del servicio militar, lo que viene a significar que no posee una justificación distinta a éste. Se constituye así en una obligación que sustituye a otra, para casos de incumplimiento, acercándose, pues, de manera significativa al concepto de sanción. Es decir, la prestación social, tal y como está actualmente regulada, se identifica con un supuesto caso en el que ante el reconocimiento de la objeción de conciencia a los médicos respecto a la práctica del aborto, se les impusiese a éstos otra obligación, aunque fuese de significado social.

Así las cosas, sería en todo caso más coherente la aparición de un servicio social para todos, apoyado, si se quiere, en la idea de solidaridad, o mejor, en la igualdad material, y susceptible de ser realizado en distintas administraciones civiles y militares. Ciertamente frente a éste cabría la objeción de conciencia, lo que nos conecta con el segundo punto a tratar.

La segunda posibilidad, en este sentido, se proyecta en el significado de la objeción de conciencia. Una vez reconocida ésta frente a determinadas situaciones, y apoyándonos en la libertad de conciencia, derecho presente también en nuestro Ordenamiento, creo que sin necesidad de reconocer un derecho general a la objeción<sup>9</sup>, sí que se puede, al menos, argumentar en favor de la posibilidad de objetar ante determinadas normas, amparándose en la libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución<sup>10</sup>. Como todos los restantes derechos, éste también tendría sus límites.

La limitación a imponer podría ser la que tradicionalmente se establece para la colisión de derechos: la ponderación de los bienes. Concretamente, por ejemplo, podría admitirse con carácter general la objeción de conciencia frente a todas aquellas obligaciones cuyo incumplimiento no pusiese en juego al sistema o al Estado. La regla es sin duda de difícil concreción (y habría que matizarse en cada caso), aunque por medio de ella cabría admitir la objeción actual al servicio militar y a la prestación social, pero no, por ejemplo, a la contribución al gasto público. Desde esta premisa, no parecería posible el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia en los jueces, que supusiese una actuación contraria al Derecho<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Vid. G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, en colaboración con R. de Asís y A. LLamas, Eudema, Madrid, 1991, p. 239.

<sup>2</sup> Vid. Manuel ATIENZA, "La Filosofía del Derecho de Felipe González Vicén", en AA.VV., *El lenguaje del Derecho*, homenaje a G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 69.

<sup>3</sup> Vid. Rafael de ASÍS, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 345 y ss.

<sup>4</sup> La regulación en el ámbito civil es similar. Véanse así los artículos 189 y 190 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este argumento lo desarrolló en un artículo que aparecerá próximamente en la *revista Sistema* y que lleva por título «Juez y objeción de conciencia».

<sup>5</sup> Vid. Eusebio FERNANDEZ, *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987, p. 21.

<sup>6</sup> Vid. Jorge MALEM SENA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 193.

<sup>7</sup> Vid. Rafael de ASÍS ROIG, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, cit., pp. 313 y ss.

<sup>8</sup> Ante éstos, siguen teniendo relevancia las célebres palabras de Fernando de los Ríos: "Nosotros, lo he afirmado hace ya muchos años, consideramos que allí donde **haya una economía**



libre los hombres son esclavos, y que no hay más posibilidad de hacer al hombre libre que haciendo a la economía esclava...". *Escritos sobre democracia y socialismo*, edición de V. Zapatero, Taurus, Madrid, 1975, p. 154.

<sup>5</sup> Vid. Marina GASCÓN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 24.

<sup>10</sup> Vid. Luis PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 153 y ss.

<sup>1</sup> Vid. mi trabajo «Juez y objeción de conciencia», en *Sistema*, en prensa.

