



# LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y EL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

---

*José Luis Serrano*

**Resumen:** En 1999, las Cortes Generales decidieron por ley establecer un modelo profesional de Fuerzas Armadas para España. Desapareció así el servicio militar obligatorio y, con él, la prestación social sustitutoria para los objetores de conciencia. De paso se resolvieron o, al menos, se replantearon casi todos los problemas jurídicos que había provocado el sistema anterior en su eventual conflicto con el derecho fundamental a la libertad ideológica. Sin embargo, casi veinte años después, la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987, de 27 de octubre merece una relectura. Desprovista de factores regionales y generacionales, la vemos hoy como aquella sentencia que hizo dos cosas muy importantes: en primer lugar, clasificó los derechos constitucionales y, en segundo lugar, abrió la puerta doctrinal que permite hoy a determinados protagonistas sociales aplicar con inquietante frecuencia la doctrina del abuso de derecho al ejercicio de derechos fundamentales.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Cronología de la objeción de conciencia. 3. La clasificación de los derechos constitucionales. 4. El ejercicio abusivo del derecho a la objeción de conciencia.

## 1. INTRODUCCIÓN

La amable invitación del profesor Ollero a participar en este número de *Persona y Derecho* dejaba en mis manos la elección de una sentencia significativa de los 25 años de justicia constitucional en España. La primera que me vino en mente fue la sen-

tencia sobre la Ley de objeción de conciencia al servicio militar que es, en efecto, la que me dispongo a comentar. Sin embargo, después de elegirla dudé sobre su verdadera importancia. Creo que contar con brevedad mi proceso deliberativo interior será una buena manera de introducir a este comentario. Debo entonces pasar a exponer las dos razones principales que me aconsejaban descartar esta sentencia como objeto de mi comentario y, claro está, las mayores razones por las cuales al final me decido a hacerlo.

La primera de las razones en contra era que, frente a la universalidad que suelen presentar los problemas de derechos fundamentales, los derivados de aquella legislación de objeción de conciencia, de aquel recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo contra ella y de aquella sentencia del Tribunal Constitucional eran problemas muy característicos de un espacio de soberanía, el español, y de un tiempo, el inmediato posterior a la transición. Esta doble ‘regionalidad’ de la cuestión –pensé– hará difícil que se me entienda incluso en los ámbitos culturales y jurídicos cada vez más próximos de la Unión Europea y de Latinoamérica.

La segunda razón en contra era de tipo generacional: pertenezco a la generación de ciudadanos españoles, nacidos en los años 60 y que se debatieron entre el servicio militar y la objeción de conciencia. En líneas muy generales puede decirse que este debate no lo vivieron ni los varones con diez años más, que simplemente hacían el servicio militar, ni los nacidos diez años después, que ni hacen el servicio militar ni se plantean prestación social sustitutoria alguna. Como le sucedió a tantos de mi edad, podemos decir que a mí también aquella Sentencia del Tribunal Constitucional me afectó en el terreno de la planificación de mi propio desarrollo personal. De manera que era fácil que en la redacción del comentario mi “yo académico” se viera afectado por mi “yo biográfico” y que acaso eso pudiera deteriorar el correcto y crítico análisis jurídico de la Sentencia.

Y, no en último lugar, una tercera razón era lo que podríamos llamar el “aire trasnochado” de la cuestión de fondo. Por los días en que recibí la invitación del profesor Ollero, introduje el término ‘objeción de conciencia’ en un buscador y acabé en una sección de la página web del Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es/objecion>) que no había sido actualizada desde 2001(!). El nombre de ese sitio web es “Dirección General de Objeción de Conciencia” pero si se busca en el organigrama del Ministerio se observará que no hay ni rastro; esa sección administrativa, que debió de ser importante en el pasado, ya no existe ni siquiera como coletilla de algún otro negociado. Hay un mecanismo electrónico para comprobar la presencia de un nombre en el listado de objetores; pues bien, no funciona. Parece como si el millón aproximado de ciudadanos españoles objetores a finales del siglo XX hubiese desaparecido de los surcos informáticos. Creo que la explicación de este aire lúgubre es simple: en 1998 el Parlamento aprobó la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutiva. En ella, simplemente eliminó los graves obstáculos jurídicos que habían dado lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo: la prestación social sustitutiva pasaba a durar lo mismo que el servicio militar y desaparecía la presunción de fraude en el ejercicio del derecho. Enseguida otra intervención legislativa acabó con el problema de fondo. En efecto, la Ley 17/1999, al optar por un modelo profesional de Fuerzas Armadas, resolvió o replanteó casi todos los problemas jurídicos tratados en el recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo y en los fundamentos jurídicos de esta sentencia. Al desactivar el legislador la vieja institución del reclutamiento forzoso, desactivó también los aspectos más regionales y generacionales de la regulación de la objeción de conciencia en España. Y ésta es la situación actual: vuelve a hablarse de objeción de conciencia, pero siempre en relación al mundo de los profesionales sanitarios y en alguna medida también en lo relati-



vo a la objeción fiscal, pero nadie habla ya de la objeción de conciencia al servicio militar.

¿Por qué entonces recordar aquella sentencia del Tribunal Constitucional? Frente a estas tres razones pareciera que aquella sentencia no merecería abordar este comentario. Y, sin embargo, creo que, desprovista de factores regionales y generacionales, la vemos hoy como aquella Sentencia que hizo dos cosas muy importantes: fue, en primer lugar la Sentencia, que nos clasificó los derechos constitucionales y fue, en segundo lugar, la Sentencia que abrió la puerta doctrinal que permite hoy a determinados protagonistas sociales aplicar con inquietante frecuencia la doctrina del abuso de derecho al ejercicio de derechos fundamentales. Antes de abordar estos dos problemas parece conveniente hacer una telegráfica historia legislativa de la institución.

## 2. CRONOLOGÍA DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

El 26 de diciembre de 1984 se aprobaron por las Cortes la Ley ordinaria 48/1984, de 26 de diciembre, “reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria”, y la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, “por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la LOTC 2/1979”.

El 23 de marzo de 1985, el Defensor del Pueblo, en ejercicio de la legitimación activa conferida por el artículo 162.1 de la Constitución interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, por no tener la categoría de rango normativo de Ley Orgánica; contra los artículos 1.1 y 4; 2.1 y 2; 3.1 y 2; 4.1, 2 y 4; 6.1 y 2; 8.2 y 3; 17.2 y 3; 18.2 y 3, y las Disposiciones transitorias segunda y cuarta de la misma Ley 48/1984 y contra el artículo 2, apartados 1, 2, 3 y 4, de la Ley Orgánica 8/1984, por estimar que los mismos vulneraban los artículos 9.3; 10.1 y 2; 16.1 y 2; 18.1; 14; 30.2; 53.1 y 2;



81 y 96 de la Constitución, los artículos 12, 18 y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 17 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La raíz común de estas infracciones dimanaba, en opinión del Defensor del Pueblo, de que el legislador, al invocar el derecho a la objeción de conciencia parecía hacerlo como una mera exención, no ya al deber genérico que a todos los españoles, hombres y mujeres, afecta de defender a España (artículo 30.1 de la Constitución), y que el propio Texto constitucional configura bajo distintas modalidades (apartados 2, 3 y 4 de dicho precepto), sino al servicio militar. Frente a ello, sostuvo el Defensor del Pueblo, con base en la doctrina científica y en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la objeción de conciencia constituía “una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma”.

Durante la larga tramitación del recurso (casi tres años) se aprobó la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley 8/1984. Como explica la propia Ley, esta reforma se introduce “a fin de que no se produzca una injustificada disparidad entre las penas asignadas en el texto modificado del Código Penal Militar para los que deserten, no se presenten o se nieguen a prestar el servicio y las que la citada Ley Orgánica (8/1984) prevé para los objetores de conciencia en su puestos equivalentes”. Esta Ley modificó el artículo 2, sustituyendo la pena que fijaba su apartado primero de “prisión menor en su grado mínimo” (seis a veintiocho meses) por la de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo (de cuatro meses a veintiocho meses), y suprimiendo de su apartado cuatro el inciso “en sus grados medio o máximo”, para dejar sustituida la pena del objetor que rehúse en tiempo de guerra cumplir la prestación social, a las de prisión mayor o reclusión menor en su grado mínimo (setenta y dos meses a ciento setenta y seis),

cuando la anterior era la de prisión mayor, en su grado medio o máximo (inciso suprimido), o la de reclusión menor en su grado mínimo, es decir, las mismas penas, pero con la posibilidad de aplicar la de prisión mayor en su grado mínimo (veintiocho meses a ciento setenta y seis meses). Los otros dos apartados, el 2 y el 3, permanecieron sin modificar.

En 1985 el primer año de vigor de la restrictiva Ley, entraron 12.170 solicitudes en el registro del Consejo Nacional de la Objeción de Conciencia. En 1986, la cifra se redujo a 6.407, en 1987 –antes de la sentencia convalidante del Tribunal Constitucional– las solicitudes ascendieron a 8.897.

El 27 de octubre de 1987 el Tribunal Constitucional falló a favor de la constitucionalidad de ambas leyes. Hay tres votos particulares que discrepan de la mayoría y entre ellos está el del propio ponente, el magistrado don Carlos de la Vega Benayas.

A lo largo de los siguientes años se multiplicaron por diez el número de solicitudes (desde las 13.130 de 1989 hasta las 127.304 de 1997) El crecimiento de las entidades que solicitaron objetores para la prestación de servicios también fue continuo en estos años. El nuevo sector público voluntario fue alcanzando tales dimensiones que necesitó de la regulación que en 1996 le dio la Ley del Voluntariado. La prestación social sustitutoria se fue convirtiendo en una alternativa realmente cómoda y relajada para cientos de miles de jóvenes que descartaron el servicio militar. Los organismos llamados a garantizar el cumplimiento de la prestación estaban desbordados. El porcentaje de objetores que pasó a la situación de reserva sin ni siquiera comenzar la prestación fue altísimo. El porcentaje de objetores sobre el total de varones fue tan alto que la propia institución del reclutamiento forzoso comenzó a hacer aguas. Nadie planteaba la solidez de las convicciones morales pacifistas de los jóvenes. Por el contrario, la sociedad civil apoyó de manera masiva el “fraude de ley” que consistía, por ejemplo, en que los propios objetores creaban asociaciones de vecinos o sindicatos estudiantiles que después los

reclamaban para realizar la prestación social sustitutoria. El reclutamiento forzoso perdió toda legitimidad por la simple razón de que no tenía el apoyo social. Lo curioso es que la objeción de conciencia en sentido genuino también. El problema era que una sociedad civil volcada en concebirla como una simple forma de “librarse de la mili” liquidaba lo que la institución pudiera tener de desobediencia civil, de testimonio de conciencia. De ahí que comenzara el movimiento de los objetores a la prestación social, más conocidos por *insumisos*. Es curioso, porque parece que a la propia naturaleza de la objeción de conciencia pertenece el ser minoritaria. Si la mayoría hace objeción lo que ocurre en realidad es que desaparece la institución objetada (el reclutamiento forzoso) pero también el movimiento social de objeción de conciencia.

En 1998, la nueva mayoría parlamentaria del Partido Popular limpió la vieja legislación derogando sin más la Ley 48/1984, de 26 de diciembre. La nueva Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria nació como transitoria en tanto culminara el proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas que ya había sido incorporado al programa electoral que resultó ganador. Esta Ley dice algo nítido en su Preámbulo: que la aplicación de la legislación anterior “ha evidenciado algunas insuficiencias y limitaciones que, unidas a críticas procedentes de diversos sectores de la juventud, motivan la elaboración de un nuevo texto legal, al objeto de garantizar el ejercicio del derecho constitucional de objeción de conciencia y mejorar, al mismo tiempo, las condiciones de cumplimiento de la prestación social, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria. Esta Ley aparte de tener un impecable rango de orgánica, equiparó la duración de la prestación social a la del servicio militar y en su artículo 4, de manera escrupulosa restableció el ámbito de validez del artículo 16 de la Constitución: “El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia decidirá sobre la procedencia o improcedencia del reconocimiento de la condición de objetor, atendidos los términos de



la solicitud, no pudiendo, en ningún caso, valorar los motivos alegados por el solicitante”.

En este año de 1998 hubo 150.581 solicitudes más. En 1999, 164.428 y en 2000, 84.893. Al terminar el siglo había en España 988.203 objetores de conciencia. Fue por esto, entre otras cosas, por lo que La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, determinaba en su disposición adicional decimotercera que, a partir del 31 de diciembre del año 2002, quedaba suspendida la prestación del servicio militar, regulada en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar. El Gobierno, mediante el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, adelantó al 31 de diciembre de 2001 la fecha de suspensión del servicio militar. Y establecida la fecha definitiva de suspensión del servicio militar, un triste decreto de 4 de abril de 2001 suspendió la prestación social sustitutoria del servicio militar y ordenó el pase a la situación de reserva de todos los objetores activos y disponibles.

### 3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

No voy a comentar los problemas que podríamos llamar de “constitución formal”. Pero hay un problema que es formal, que ocupa buena parte del contenido de la demanda y de los fundamentos jurídicos del Tribunal y que sí merece mención. Me refiero a la probable infracción del artículo 81, en relación con los artículos 16.1 y 53.2 de la Constitución española porque la regulación de la objeción de conciencia y de la inherente prestación social sustitutoria se hizo mediante una curiosa técnica legislativa; significativa, a mi juicio, de cual era la *voluntas legislatoris* real: se hizo una ley orgánica para lo adjetivo (régimen procesal de recursos y régimen penal) y, en cambio, lo sustantivo (tipificación del derecho, ejercicio, atribuciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia e inherente prestación del servicio social

sustitutorio) se integró en una ley de rango ordinario. Como se ve, con esta insólita técnica legislativa el legislador quiso desvincular el derecho a la objeción de conciencia de los derechos fundamentales de la persona. Y ello porque, tanto si se le consideraba derecho fundamental por sí, como si se le vinculaba con el derecho fundamental de la libertad religiosa o ideológica consagrado en el artículo 16 de la Constitución, debería haberse cumplido lo dispuesto en el artículo 81, que exige la ley orgánica para las leyes relativas “al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas”.

Como se ve, una vez más en derecho, el problema formal encubre el problema real que se resume en una sola cuestión, la de si es fundamental o no el derecho a la objeción de conciencia. En una sentencia anterior (15/1982, de 23 de abril) el Tribunal Constitucional estableció que “la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma”. Tanto el Defensor del Pueblo, en su demanda, como los magistrados disidentes en sus votos particulares recuerdan y subrayan esta doctrina en virtud de la cual la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica. Para todos ellos, por lo tanto, el derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 30, garantizado por el artículo 53.2 de la Constitución, y que participa de la naturaleza de derecho fundamental *per se*, es decir, con categoría autónoma, por relación con el derecho de libertad ideológica del artículo 16.1 de la Constitución

Frente a todos ellos la mayoría del Tribunal Constitucional negó que de la STC 15/1982 se infiriera el carácter fundamental del derecho. Con un difícil, por alto, grado de precisión la mayoría establece que lo que en aquella Sentencia se hizo fue declarar la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia, frente a la tesis que en la ocasión sostuvo el Abogado del Es-

tado de que tal derecho no estaba reconocido, porque precisaba la intervención del legislador. Para la mayoría el derecho a la objeción es un derecho constitucional, protegido por el recurso de amparo (artículo 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. Constituye una excepción al cumplimiento de un deber general y —esta es la frase clave de la clasificación— “es justamente su naturaleza excepcional —derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España— lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental”.

La importancia de esta afirmación del Tribunal Constitucional deriva del hecho de que redujo con toda claridad el catálogo de derechos fundamentales al que se contiene en la sección 1ª, capítulo 2º, artículos 14 a 29 de la Constitución. Al llamar “derecho constitucional autónomo, pero no fundamental” a uno de los derechos reconocidos en la sección 2ª, el Tribunal constitucional jerarquizó por primera vez con precisión los derechos reconocidos por la Constitución.

En efecto, si sólo los derechos comprendidos entre los artículos 14 y 29 son fundamentales, y si los comprendidos entre el 30 y 38 son “constitucionales autónomos pero no fundamentales”, entonces hay que deducir que los derechos comprendidos entre los artículos 39 y 52 son derechos constitucionales no autónomos ni fundamentales. Es así como el Tribunal Constitucional le puso nombre indirectamente a los principios rectores de la política social y económica del capítulo tercero.

#### 4. EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Es verdad que el problema de si es posible el ejercicio abusivo de los derechos fundamentales podría exponerse con más clari-



dad en el comentario de otras sentencias referentes a derechos más patrimoniales. Por ejemplo, las relativas al derecho a la propia imagen del artículo 18 o en todas las que han abordado el derecho de huelga del artículo 28 de la Constitución. Sin embargo, la sentencia que nos ocupa tiene una particularidad muy especial: recayó sobre una legislación de objeción de conciencia que dibujaba al ciudadano que ejerciera el derecho como un supuesto impostor, un falso objetor de conciencia, que inventaba motivos religiosos o filosóficos para ejercer de manera antisocial y abusiva su derecho a la objeción de conciencia. En efecto, el preámbulo de la Ley impugnada contenía una afirmación inquietante. Decía que la Constitución prescribe que la regulación de la objeción de conciencia se lleve a cabo “con las debidas garantías”, lo que autorizaría al legislador para adoptar las cautelas necesarias “para que la objeción de conciencia no constituya una vía de fraude a la Ley”.

Esta filosofía de la sospecha o del fraude del Preámbulo se traducía en la ley en dos cosas fundamentales: la primera era una duración de la prestación social sustitutoria notablemente superior a la prevista para el servicio militar. “La mayor duración –decía el propio Preámbulo– de la situación de actividad respecto de la de servicio militar es, desde luego, una garantía de las que la Constitución exige para que la objeción de conciencia no constituya una vía de fraude a la Ley a través de la evasión del servicio militar; pero es, también, una necesidad para evitar discriminaciones, pues no pueden tratarse por igual situaciones desiguales y discriminatorio sería que la prestación social del servicio militar, cuyos costes personales e incluso físicos son notablemente diferentes, tuviesen la misma duración”.

Y, la segunda traducción de la presunción de fraude era una serie de estrictas medidas que permitían a un órgano administrativo (no judicial) valorar el arraigo de los valores en la conciencia del solicitante y solicitar incluso informes a terceros acerca de su coherencia. Tal vez el más llamativo de estos trámites era el relati-

vo a la comprobación de la conciencia. La Ley 48/1984 lo regulaba en sus artículos 3.3, 4.2 y 8.3, que en síntesis permitían al Consejo recabar de los interesados ampliación de los razonamientos expuestos en la solicitud y requerir de los mismos o de otras personas u organismos la aportación de documentación complementaria o testimonios pertinentes; así como denegar la solicitud cuando se percibiera incongruencia entre lo manifestado en ella y las conclusiones que se desprendieran de las actuaciones del expediente. Se adujo por el Defensor del Pueblo que este sistema vulneraba el contenido esencial del derecho por infracción de los artículos 18.1 (intimidad personal) y 16.2 (derecho a no declarar sobre la ideología personal). Pero la constitucionalidad de todos estos trámites fue avalada por el Tribunal Constitucional: “la comunidad –dijo– no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común. De otro lado, el objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (artículo 9.2 CE), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo –frente a la coacción externa– en la intimidad personal, en cuando nadie está ‘obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias’ (artículo 16.2 CE). La idea de que el derecho, incluso el fundamental, repudia toda regulación legal no parece conformarse con la técnica constitucional: el propio artículo 16 ya admite la entrada legislativa al determinar que las libertades que reconoce pueden ser limitadas por el orden público protegido por la Ley, lo que es independiente, por otra parte, de la mínima regulación precisa para que el derecho sea viable”.

Nos interesa volver ahora a la filosofía del Preámbulo. El fraude de ley debía de enunciarse en realidad como el principio de interdicción del fraude de ley. Es decir, que lo que la doctrina llama por abreviar “el fraude de ley” no es tanto una acción particular y

jurídicamente relevante sino más bien un mecanismo que permite al juez anular o evitar los efectos de determinadas acciones. Los actos jurídicos en fraude de ley vistos uno a uno son lícitos, en cuanto permitidos cada uno o todos por una o más reglas jurídicas, pero vistos en conjunto, esto es, como proceso y no como elementos aislados, son ilícitos y, por lo tanto, susceptibles de anulación. De manera muy amplia puede decirse que el fraude de ley es la utilización de una regla jurídica para obtener fines paradójicamente antijurídicos.

Así visto, el fraude de ley es institución análoga –a nuestros efectos idéntica– al abuso de derecho. El Título Preliminar del Código civil de 1974 dice: “La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales de un ejercicio de un derecho con daño para tercero dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”. Traduciendo a nuestros efectos: está prohibida (y el legislador en el preámbulo de la Ley intentó impedir) toda acción que constituya un abuso en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia.

A partir de esta definición legislativa, en la tradición jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo se consideraba precisa la concurrencia de tres elementos para poder hablar de abuso de derecho: (a) que el acto abusivo fuese un acto de ejercicio de un derecho subjetivo expresamente reconocido por el derecho objetivo; (b) que este ejercicio dañara a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y (c) la inmoralidad o antisocialidad del daño. Así pues, en el abuso de derecho y en el fraude de ley siempre hay un juego a dos niveles: una apariencia elemental de licitud contra una realidad global de ilicitud. La apariencia de licitud proviene del hecho de que la acción abusiva está amparada por un derecho subjetivo, la conclusión de ilicitud pro-



viene de la ponderación de que el daño a un interés social (o moral) es superior al beneficio derivado del ejercicio de los derechos.

En el caso de la objeción de conciencia podríamos perfilar el supuesto de fraude de la siguiente manera: un joven que, sin convicciones religiosas o filosóficas, desea no realizar el servicio militar para evitarse incomodidades, dañando así el interés general de la defensa de España. Pero como muestra Luis Alberto Warat en su monografía de 1969 (*Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo Perrot) el abuso de derecho, desde un punto de vista institucional, la interdicción del abuso de derecho sería aquel mecanismo jurídico que corrige un acto legalmente permitido y que lo hace desde “la normatividad espontánea o conciencia jurídica colectiva que aspira a una modificación del Derecho positivo vigente” (Warat, 1969:60). Traduciendo de nuevo: un joven varón se declara con todo su derecho objetor de conciencia, pero a la conciencia jurídica general le repugna este ejercicio de un derecho de conciencia que, en realidad, esconde el incumplimiento de un deber para con la comunidad. Justo este último elemento es el que históricamente, en el terreno de los hechos, faltó en España: faltó el rechazo social a esta supuesta práctica evasiva y, por lo tanto, faltó el tercer requisito: la inmoralidad o antisocialidad de la acción. La consecuencia, ya lo hemos dicho antes, fue un millón de objetores de conciencia que, muy lejos de la desobediencia civil, eran en realidad un millón de exentos al servicio militar. Lo que me parece más llamativo de todo este proceso es cómo la presunción o sospecha de fraude del legislador se tradujo en la realidad social en un “fraude” tan masivo que dejó de ser fraude, es decir que dejó de ser antisocial o inmoral. La reacción social arrastró así al “congelador jurídico” a dos veteranas instituciones (el reclutamiento forzoso y la objeción de conciencia al servicio militar) y una elaborada sentencia que tuvo que hilar muy fino para justificar la constitucionalidad de una ley elaborada desde la filosofía de la sospecha.

## 5. ¿QUÉ ES LO QUE QUEDA?

Como ya hemos dicho, desde el punto de vista estático, el abuso de derecho es, en realidad, el principio de interdicción del abuso de derecho; y el fraude de ley es en realidad el principio de interdicción del fraude de ley. De la misma manera, la desviación de poder sería, en el plano estático, el principio (ahora constitucional) de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y los tres principios serían, a su vez, generalizables en una teoría de los ilícitos atípicos, como la construida por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en su monografía *Ilícitos atípicos* (Madrid, Trotta, 2000).

Pero, desde el punto de vista institucional, el abuso y el fraude son mecanismos judiciales. Es el juez el llamado a corregir el ejercicio de un derecho de apariencia legal por invocación de un interés sin prerrogativa pero más relevante. Prueba de que las funciones de corrección del fraude y el abuso son judiciales es la ausencia de ambas figuras en los ordenamientos del *common law*. Precisamente porque en aquellos sistemas la corrección de reglas a partir de principios es parte inherente a una función jurisdiccional más independiente. En los sistemas de *civil law*, en cambio, la interdicción del abuso precisa de una codificación, no para existir, sino justo para poder ser aplicada por la función jurisdiccional del Estado.

Otra prueba del asentamiento judicial del abuso de derecho es una monografía que lleva por título *El abuso de los derechos fundamentales* y a la que pertenece el mérito de haber abierto en España el interesante debate acerca de si es posible o no el abuso de los derechos de vida y libertad. De manera casi coetánea a esta Sentencia del Tribunal Constitucional (Barcelona, edicions 62, 1983), Antoni Rovira Viñas ponía particular énfasis en el incremento de poder que para el poder judicial significa la institución del abuso de derecho. De ahí deducía Rovira la necesidad de limitar el uso judicial del mecanismo del abuso de derecho; sobre

todo, en aquellos países con mayoría de jueces conservadores y con tendencia a la restricción de derechos. Y la primera limitación vendría de la naturaleza fundamental del derecho del que se abusa.

Me parece que estamos ante el típico razonamiento incorrecto que lleva a un resultado correcto. De otra manera que, en efecto, hay una limitación estructural a los sistemas jurídicos que impide (o debería impedir en óptica garantista) el funcionamiento del principio de interdicción del abuso de derecho, cuando el derecho del que se abusa es un derecho de vida o libertad, esto es, un derecho fundamental, pero que esa limitación nada tiene que ver con la orientación de los jueces, sino con la propia estructura de la división de poderes y con la propia función jurisdiccional del Estado.

Todas las instituciones jurídicas, principios del derecho o estructuras de sentido que exigen la ponderación significan un incremento del poder de los jueces. Justo esto es lo que nos lleva a sostener que hay (o debería haber) una estructura que impidiera aplicar la institución del abuso de derecho a derechos fundamentales. La razón no es el incremento del poder de los jueces, sino al contrario la salvaguarda de la función jurisdiccional del Estado en cuanto derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello porque ponderar un derecho equivale a evaluarlo, a medirlo. Y esta medida del derecho permite su comparación con otros bienes. Imaginemos una decisión judicial en virtud de la cual no se tutela el derecho al honor de un ciudadano porque esa tutela supondría un desembolso de un millón de euros de dinero público. Constitucionalmente esta decisión sería inadmisibles y ello porque de alguna manera se le está poniendo precio al derecho al honor e, indirectamente a los derechos de vida y libertad. Cabe recordar que el tratamiento jurídico de la vida (artículo 15), las libertades (artículos 16 y 17), el honor (artículo 18) o la huelga (artículo 28) es exactamente el mismo en nuestro sistema constitucional. Todos estos derechos fundamentalísimos son irrenunciables, inalienables, inembargables, imprescriptibles... en una palabra: incommensurables.



‘Inconmensurable’ es una palabra económica. Esto es, no se trata de ninguna propiedad del espíritu o la naturaleza humana, sino de la simple existencia de bienes que no están en el mercado: los derechos fundamentales. Una diferencia importante entre los derechos de vida y libertad y los *property right*, o derechos de contenido patrimonial, reside precisamente en que los primeros son universales mientras que los segundos son singulares. La clase de los sujetos llamada a ser titular de los derechos fundamentales es universal y esto significa ciudadanía, capacidad jurídica, derecho a tener derechos. Pensemos, por ejemplo, en el derecho de huelga: ¿tienen los ciudadanos sin nacionalidad española derecho a la huelga? La respuesta sólo puede ser que sí, porque la huelga tiene exactamente el mismo tratamiento constitucional que la vida. ¿Cabe entonces un uso abusivo del derecho a la huelga? La respuesta contundente la dio el propio Tribunal Constitucional en otras sentencias: si hay abuso de derecho entonces no hay ejercicio de un derecho fundamental. Podía haber dicho lo mismo cuando enjuició la constitucionalidad de la Ley de Objeción de Conciencia, pero no lo hizo y eso es lo que ha quedado: una oportunidad perdida.

SENTENCIA 160/1987, DE 27 DE OCTUBRE

Pleno: Tomás y Valiente, Begué Cantón, Latorre Segura, Rubio Llorente, Díez-Picazo y Ponce de León, Truyol Serra, García-Mon y González-Regueral, *De la Vega Benayas* (ponente), Díaz Eimil, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Leguina Villa y López Guerra.

*Fundamentos:*

1. “Hay que indicar, en principio, que el recurso de inconstitucionalidad que formula el Defensor del Pueblo se dirige contra dos Leyes: una, la Ley ordinaria 48/1984, de 26 de diciembre, ‘reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria’, y otra, la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, ‘por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el art. 45 de la LOTC 2/1979’, sosteniendo, después de criticar la metodología del legislador por regular el derecho a la objeción de conciencia en dos leyes distintas, que toda la regulación de ese derecho debió realizarse en una única Ley con rango de orgánica.

El principio del que parte la demanda es, como básico, el de que ‘el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental de la persona, tanto si se le considera autónomamente, cuanto si se le vincula al derecho fundamental de la libertad religiosa o ideológica consagrado en el art. 16 de la CE’, y por ello, con tal cualidad, al regularlo, debió cumplirse lo dispuesto en el art. 81, que exige la Ley Orgánica para las leyes relativas ‘al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas’, siendo anómalo y distorsionante, en su criterio, que para lo adjetivo (régimen procesal de recursos y régimen penal) se haya tramitado como Ley Orgánica y, en cambio, lo sustantivo (tipificación del derecho, ejercicio, atribuciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia e inherente prestación del servicio social sustitutorio) se haya integrado en una Ley de rango ordinario”.

2. “Nuestro constituyente, al configurar la denominada Ley Orgánica (art. 81 CE), lo ha hecho, y así lo ha interpretado este Tribunal Constitucional de modo restrictivo y excepcional en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria (...).

Una primera delimitación (...) es la que hace el art. 81.1 CE al decir que ‘son Leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución’ (...).

No es, a este respecto, uniforme la doctrina que se ha ocupado de este problema. Por un lado, se sostiene que la inclusión de un derecho en el Texto constitucional, en determinado paraje del mismo, no puede considerarse como razón decisiva para calificarle o no de derecho fundamental, porque tampoco es fácil escrutar la intención del constituyente, ni siquiera infiriéndola de los antecedentes de la discusión parlamentaria, ya que ello no constituye un criterio objetivo, impersonal, siempre más fiable y seguro. Tampoco goza de esta cualidad la determinación de lo que sea un derecho fundamental por la circunstancia, meramente procesal, de estar protegido por el recurso de amparo, puesto que el Derecho comparado nos muestra la inexistencia de ese recurso como posible garantía de esos derechos, no obstante su reconocimiento. Asimismo se añade por otro sector la posibilidad de estimar como fundamentales ciertos derechos comprendidos en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo Segundo, Título I, de nuestra Constitución, por ejemplo los previstos en los arts. 32, 33, 35 y 37, derechos también sustraídos a la libre disponibilidad del legislador (art. 53.1 CE).

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

Lo expuesto nos lleva a una primera conclusión: el derecho a la objeción de conciencia, aun en la hipótesis de estimarlo fundamental, no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica por no estar incluido en los arts. 15 al 29 de la Constitución (...). Lo que la doctrina de este Tribunal hace es delimitar el ámbito y alcance de una determinada garantía (art. 81.1 referido a la Sección 1.<sup>a</sup>), sin prejuzgar la existencia de otros derechos y de otras garantías, pero a los que no se extiende la de la Ley Orgánica”.

3. “(...) el Defensor del Pueblo (...) sostiene que la objeción de conciencia constituye, per se o por derivación del art. 16 CE (libertad ideológica), un verdadero derecho fundamental. (...) con el apoyo de la STC 15/1982. Pero esta afirmación no puede ser aceptada (...) Lo que en dicha Sentencia se hizo fue declarar la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia (...), frente a la tesis (...) de que tal derecho no está reconocido en la CE, porque el art. 30.2 se limita a remitir al legislador la tarea de regularlo y determinar su existencia. (...) se dice que la objeción de conciencia, dada la interpre-



tación conjunta de los arts. 30.2 y 53.2, es un derecho constitucionalmente reconocido al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso, en su tratamiento jurídico constitucional con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión ‘la Ley regulará’ del art. 30.2 que la necesidad de la interpositio legislatoris, no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para ‘regular’ el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia.

Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, si, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. (...) su núcleo o contenido esencial –aquí su finalidad concreta– consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) que, por si mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o ‘subconstitucionales’ por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional –derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España– lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria ‘con las debidas garantías’, que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional”.

4.

“En una sociedad democrática, en un Estado social y democrático de Derecho, que se construye sobre el consenso mayoritario expresado libremente –aun dentro de las limitaciones de los sistemas electorales– la permisión de una conducta que se separa de la norma general e igual para todos ha de considerarse como excepcional, como antes se ha indicado, porque de lo que se trata –el derecho del objetor– es de obtener la exención del cumplimiento de una norma, convirtiendo esa conducta en lícita, legítima o legal.

Por eso ya se dijo en la STC 15/1982, fundamento 7.º, que, a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de libertad de conciencia, el derecho

a la objeción no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta (la del servicio militar), sino que ese derecho introduce una excepción que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso (...).

De ahí la necesidad de la *interpositio legislatoris*. Por un lado, el legislador, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común. De otro, el objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración (...).

5.

“a) (...) donde el recurso impugna con más intensidad la Ley citada, en especial los artículos que se refieren a la solicitud del objetor y a la competencia del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (...).

(...) Es verdad que es el objetor de conciencia, y sólo él, el que ‘declara’, manifiesta o expresa su condición de objetor, es decir, su oposición al servicio militar por los motivos que le afecten en conciencia, Pero eso no basta para que, automáticamente, sin más, se le tenga por tal, pues el fuero de la conciencia ha de conciliarse con el fuero social o colectivo. Por eso es cierto también que el CNOC se limita a reconocer o no la condición de objetor, no a declarar el derecho. (...) esas normas previstas en la Ley no limitan la esencia del derecho, redundando sólo en su desarrollo. Porque tampoco bastaría, como pretende el Defensor del Pueblo, con la simple constancia o toma de razón por el Consejo de la declaración. El derecho se completa con ese reconocimiento (...). Es la eficacia o efectividad del derecho lo que está en juego, dada su peculiar condición, y es esa eficacia la que reconoce el Consejo, cuya actuación, por ello, no es constitutiva, sino declarativa, tras la pertinente comprobación y cooperación del objetor. No cabe, por tanto, declarar la inconstitucionalidad de los citados preceptos. Ni tampoco la del art. 4.4, relativo al silencio administrativo que prevé, entendiéndose ‘concedida’ la ‘solicitud’ pasados seis meses sin resolución. En primer lugar, dicho artículo no autoriza la denegación por silencio, sólo la posibilidad afirmativa, y después hay que entenderlo como una garantía más para el objetor.

b) Motivo también de la impugnación es el relativo a la comprobación de la objeción de conciencia y a la prestación sustitutoria (...) que en síntesis permiten al Consejo recabar de los interesados ampliación de los razonamientos expuestos en la solicitud y requerir de los mismos o de otras personas u organismos la aportación de documentación complementaria o testimonios pertinentes, así como denegar la solicitud cuando se perciba incongruencia entre lo manifestado en ella y las conclusiones que se desprendan de las actuaciones del expediente (...).

(...) Se dice en el recurso que esto conlleva una flagrante contradicción con otros derechos constitucionales como los reconocidos en los citados arts. 16.2 y 18.1 y que el Consejo, órgano externo, ajeno a la conciencia del objetor, no puede ni debe interferir en esos derechos, violándolos, al permitirle la Ley requerir a aquel que exteriorice su ideología e intimidad personal. Por otra parte considera la prestación sustitutoria como un gravamen injusto, no respetuoso con la igualdad, por su extensión y en cierto modo contradicción con el reconocimiento que la Ley impone.

Es obvio que si la necesaria declaración del objetor, por los motivos que fueren, no supone vulnerar el derecho tampoco lo implicará la petición del Consejo dirigida al objetor para que amplíe los razonamientos de la solicitud (...). Sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas –y por tanto exteriores a su conciencia– de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias. La intimidad personal y el derecho a no declarar íntimas convicciones es algo que el objetor ha de valorar y ponderar en el contexto de las garantías que la Constitución le reconoce y decidir, nunca mejor dicho, en conciencia, pero a sabiendas también de la especial naturaleza del derecho de objeción y de las garantías que asimismo compete exigir a la comunidad y en su nombre al Estado. Cabe, pues, rechazar el reproche de inconstitucionalidad referido al primer párrafo o inciso del núm. 2 del art. 3 de la Ley 48/1984”.

“Cierto es que esa aportación externa de documentos y testimonios podría afectar a la intimidad o personalidad del objetor, en cuanto juicio ajeno a su conciencia o motivación para el ejercicio del derecho, pero también lo es que, aparte del interés general en la comprobación de la seriedad de los motivos, siempre cabrá al interesado la posibilidad de impugnar aquellos datos o la forma de obtenerlos (...).

c) Por lo que se refiere a la prestación sustitutoria (...).

(...) la Ley ahora cuestionada fija la duración entre dieciocho meses como mínimo y máximo de veinticuatro, es decir, entre un 50 por 100 y un 100 por 100 más que el de actividad en filas, más sin hacerlo con referencia a la duración señalada en la Ley del Servicio Militar (...)”.

“En cuanto a su duración, el Defensor del Pueblo (...) viene a plantear un problema de igualdad de trato. Habría que probar, por tanto, que se dé o no una efectiva discriminación ante supuestos de hechos sustancialmente iguales y que la distinción no estuviera justificada o carente de un fundamento objetivo y razonable, lo cual no es el caso del recurso, porque aquellos supuestos de que se parte –servicio militar, prestación civil sustitutoria– no son similares, ni cabe equiparar la ‘penosidad’ de uno y otro, ni tampoco olvidar que la prestación sustitutoria constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un



cierto equilibrio con la exención del servicio de armas, exención que obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra, que excluye la asimilación matemática, no ciertamente razonable. Entra, pues, esa regulación impugnada dentro de los límites permitidos al legislador (...)"

6. "Impugna también el Defensor del Pueblo el régimen disciplinario relativo a la prestación social sustitutoria (...).

a) (...) para sostener que las sanciones son excesivas y atentatorias al principio de igualdad, afirma que el término de comparación de las mismas ha de ser el tratamiento que en los supuestos que se enumeran se da a los funcionarios públicos civiles, con los que han de ser comparados y de lo que resulta una evidente desproporción por exceso en las sanciones, ya que la prestación sustitutoria es de carácter civil y no militar. (...) no por ello la prestación civil sustitutoria ha de ser análoga a la relación del funcionario con la Administración Civil y a la naturaleza del servicio que realiza, relación que es de carácter estatutario y, en su inicio, voluntaria para el ciudadano, es decir, no configurada como un deber (...). Por consiguiente, si esas situaciones no son comparables, no cabe hablar de discriminación o que los objetores de conciencia sea discriminados en relación con los funcionarios civiles. No es estimable, pues, ese reproche de inconstitucionalidad (...)"

b) Se impugna también el tratamiento penal (...).

Se ha operado (...) una derogación modificativa de la Ley Orgánica aquí cuestionada (...). Por consiguiente, tratándose en el caso de un recurso abstracto, como el de inconstitucionalidad, dirigido a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico, carece de sentido pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento, en este caso de modo total, sin ultractividad, en cuanto que la norma nueva habrá de aplicarse en todo caso, incluso a situaciones anteriores en virtud del principio de Ley más benigna, siquiera la disminución de las penas que establece sea mínima o de escasa cuantía.

7. "Por último, (...) el recurso del Defensor del Pueblo impugna (...) Disposiciones transitorias (...). Se alega que ambas contienen disposiciones retroactivas que restringen derechos individuales, con infracción del art. 9.3 de la Constitución.

La Disposición segunda se refiere a la legalización de situaciones de aquellos que, habiendo alegado objeción de conciencia anteriormente y se encontraran en prórroga, incorporación aplazada o licencia temporal, deberán dirigirse, con solicitud de objetor al efecto, al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia. La cuarta a quienes se hallen y hayan estado en prisión por negativa a prestar el servicio militar por objetores de conciencia, quienes podrán solicitar acogerse a la Ley, sirviéndoles de abono para el cumplimiento de la prestación social sustitutoria el triple del tiempo que hayan estado privados de libertad por aquella causa.

Afirma el Defensor del Pueblo que sólo es por culpa de la Administración y del legislador (...) por lo que dichos objetores (...) no pudieron cumplir el servicio civil sustitutorio previsto, y que después de ocho años (que hoy, en 1987 son once), al exigírseles ahora dicha prestación, supone incidir gravemente en situaciones familiares y personales, cuando ya han contraído 'obligaciones de toda índole que marcan sus propias vidas' (...)"

Pero hay que reconocer (...) que no se trata aquí de un problema de retroactividad peyorativa, sino de Derecho transitorio. La no incorporación a filas de los objetores de conciencia se resolvió, a su vez, mediante prórroga, aplazamientos o licencias temporales. Ciertamente que no se reguló la prestación sustitutoria ni, por tanto, ningún objetor fue llamado a cumplirla. (...) son justamente esas situaciones de prórroga y de pendencia las que impiden aplicar la técnica de la irretroactividad, en cuanto no son situaciones consolidadas. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el legislador ha sido consciente de esas situaciones cuando en la disposición tercera computa a los objetores el tiempo que hayan invertido en actividades semejantes a la prestación social que establece la Ley. Por otra parte, es una transitoriedad de la que también pueden beneficiarse los objetores, dado el tiempo transcurrido y la previsión legal de acortamiento de la duración de la prestación social sustitutoria para los mayores de veintiocho años.

*Fallo:*

Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la totalidad de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, y contra la Ley Orgánica 8/1984, en su art. 2, apartados 1, 2, 3 y 4.

Voto particular que formula el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas (...).

El Magistrado que suscribe, que como Ponente de la Sentencia ha expresado en ella el parecer mayoritario del Tribunal, muestra ahora, lamentándolo, su discrepancia con los siguientes extremos de la misma, fundamentos y, consiguientemente, fallo.

Entiendo que dicho fallo debiera haber sido estimatorio en parte y declarar, por ello, la inconstitucionalidad de los preceptos de las Leyes impugnadas que se citan (...).

1. Opino (...) que el derecho aquí cuestionado debe ser calificado como derecho fundamental. Me fundo en las siguientes razones:

La objeción de conciencia para oponerse a la prestación del servicio militar obligatorio y con armas (...). En cierto modo se integra en los movimientos

o actitudes de la denominada desobediencia civil y sus complejos problemas de la obediencia a las Leyes o al sistema jurídico y político imperante, particularizándose como una actitud personal y concreta frente o contra una determinada prestación exigida con carácter general al ciudadano. Este no se opone frontalmente al sistema, ni trata de cambiarlo, sino de negarse por motivos religiosos primero, después por otros, a cumplir una función o una tarea que considera injusta o incompatible con los fueros de su conciencia (...).

En todo caso se trata del fuero más íntimo de la persona (...). Como tal, como expresión de la dialéctica individuo-sociedad persona-Estado, se concreta en un derecho individual a postular su respeto sin el cual no hay convivencia, es decir, en definitiva, a una exigencia de libertad para expresar y ejercitar la propia convicción (...).

Nuestra Constitución así lo hace en su art. 16.1 (...). No habla, en efecto, la CE de libertad de conciencia, concepto en el que de modo natural cabe incluir la objeción de conciencia o al menos establecer entre ellas una íntima y necesaria conexión, como ya hizo la Sentencia de este Tribunal 15/1982, de 23 de abril, amparándose tanto en la doctrina como en el derecho comparado (...). De ahí que, como ‘la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica’ –en términos de la misma Sentencia– pueda considerarse ahora yendo más allá, que la objeción de conciencia sea un derecho reconocido en el ordenamiento constitucional, y consiguientemente como derecho fundamental por su intrínseco contenido, que es el que le confiere esa naturaleza abstracción hecha de su colocación sistemática en la Sección 2.ª del Capítulo Segundo del Título I (art. 30.2 CE), y de la garantía del recurso de amparo que este último precepto le otorga. Derivado del derecho más abstracto de libertad ideológica, como especificación o concreción del mismo, puede describirse, más que definirse, como el derecho del individuo a ser respetado por el Estado en sus escrúpulos o convicciones de conciencia, que le impelen al rechazo de la prestación personal del servicio militar, eximiéndosele de ella mediante la prestación, en su caso, de un servicio civil, sustitutorio del de armas.

Se incluye así la CE no sólo en el ya amplio grupo de países que admiten y regulan la objeción de conciencia al servicio militar, sino en el de aquellos, más restringidos ciertamente, que lo consagran como derecho fundamental (...).”

“Lo expuesto me lleva a formular, en principio, la siguiente conclusión: El derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucionalmente reconocido (art. 30 en relación con el 53.2 de la CE) que participa de la naturaleza de derecho fundamental, per se, es decir, con categoría autónoma, relacionado con el derecho de libertad ideológica (art. 16.1).

No lo ha entendido así la Sentencia de la que disiento, cuando –insisto que siempre en mi opinión– lo lógico y evidente es que debió seguir el camino muy



claramente trazado por la anterior STC 15/1982, de 23 de abril, que, además de calificarlo como derecho constitucional, muy llanamente dijo que el derecho a la objeción de conciencia era –o es– una ‘concreción de la libertad ideológica’ (...). Es claro que en el lenguaje común los términos concretar y especificar se refieren a determinar con más precisión una cosa, o a la derivación de una a otra en cuanto conexas, parecidas o semejantes, o bien a individualizarlas. (...) No dio la Sentencia ahora considerada ese paso más, quizá por no considerarlo necesario (...).

(...) en este caso concreto, no veo inconveniente constitucional a esa ampliación ni tampoco que con ello se incidiera en un exceso ‘ius naturalista’, porque el derecho de objeción de conciencia al servicio militar (...) es un derecho positivizado y como tal exigible sin más apelación que la referida al texto legal que lo desarrolla, es decir sin alusión vaga a la doctrina de los derechos innatos o meramente programáticos, lo que, por otra parte, viene a constituir asimismo una muestra de la proyección y promoción de derechos, sin sujetarse a la estricta literalidad de la norma positiva.

Mi discrepancia, sin embargo, no alcanza a la fundamentación relativa a la no exigencia de la Ley Orgánica (art. 81 CE), por aceptar en este punto la doctrina de este Tribunal expresada en la Sentencia. Pero mi calificación de derecho fundamental no queda por ello excluida de efectos prácticos, en cuanto que la misma habrá de producir un mayor respeto del legislador tocante a la regulación y fijación de límites al ejercicio del derecho”.

2.

“(...) Sostengo (...) la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, del inciso segundo, apartado segundo, del art. 3, que autoriza al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia para ‘requerir de... otras personas u organismos la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes’.

Pase porque se pueda requerir a ese mismo efecto al propio objetor, según se razona en la Sentencia. Pero entiendo que la posibilidad de intervención de organismo o de terceros para el reconocimiento del derecho del objetor traspasa el límite de las garantías que a la comunidad corresponde o se le conceden en la Ley. Extremar y exceder esas garantías supone partir de un estado presuntivo de sospecha o fraude en el solicitante, dudosamente constitucional en principio. Pero es que, además, se viola la intimidad personal, porque esa aportación ‘externa’ de datos, documentos o testimonios, procedentes, como se ha visto, de terceras personas u organismos, constituye un complemento informativo que escapa a la disponibilidad y autonomía del titular del derecho, suponen un ‘juicio’ ajeno acerca del mismo y sus convicciones íntimas personales v una entrada indebida en su conciencia autónoma, de la que sólo él puede ser Juez (art. 16.2). Queda así afectado el art. 18.1 de la Constitución (...)”.

3. “Difiero asimismo de los fundamentos y decisión final que han llevado a la mayoría a desestimar la inconstitucionalidad del apartado 3 del art. 8 de la Ley, que se refiere a la forma de la prestación social sustitutoria y a la duración de ésta. Creo que aquí se está incidiendo en una violación del art. 14 CE.

Por supuesto parto de la idea de que la prestación social sustitutoria no puede considerarse como una sanción, ni tampoco como resultado de una alternativa para el ciudadano (...). No sería correcto, por eso, hablar de compensación, ni tampoco utilizar la prestación civil como carga o gravamen, o como medida para ‘desaconsejar’ indirectamente el ejercicio del derecho de objeción, imponiendo un servicio mayor o ‘análogo’ al militar (...).

“(…) debió declararse la inconstitucionalidad, como también la del segundo inciso del mismo apartado y artículo, en cuanto deja al Gobierno la fijación del tiempo que ha de durar la prestación sustitutoria, pues ello supone claramente un quebranto del principio de legalidad ex art. 9.3 CE, en relación con la reserva legal expresa y explícita establecida en los arts. 30.2 y 53.1 del Texto fundamental, constitutivos de una garantía para el derecho cuestionado, competencia del legislador.

En cuanto a la duración del servicio sustitutorio (...).

(...) No es que el principio de igualdad exija una absoluta y mecánica equiparación de tiempos, porque tampoco es estricta la igualdad de los servicios, o al menos no se puede establecer a priori. Sucede que no parece entrar en el ámbito de lo razonable –con toda su relatividad– fijar una duración superior en un 100 por 100, es decir, el doble, para la prestación sustitutoria en relación con la del servicio militar (veinticuatro meses y doce meses, respectivamente) (...).

4. “Queda por explicar el último término de mi discrepancia. Me refiero con ello al régimen penal del servicio sustitutorio (...).”

“(…) es evidente que esa desproporción se da y sobre todo desde la perspectiva abstracta de lo dicho en la STC citada 66/1985, es decir, en su alusión a la desproporción entre fines y medios en materia de derechos fundamentales. (...) No sólo las sanciones penales establecidas en el art. 2 de la L.O. 8/1984 no guardan equiparación alguna con las previstas por los funcionarios civiles –lo que por otro lado es lógico y correcto, porque no son funcionarios los objetos– excediendo de las fijadas para los ciudadanos en filas (pero ya hemos visto que tampoco cabe equipararlos), sino que, aparte de todo ello, lo que provocan es un resultado desmedido, una inadecuación entre los hechos y conductas y la sanción penal de ellas (...).”

La infracción del principio de proporcionalidad, en tanto éste conforma el criterio decisivo de las limitaciones constitucionalmente admisibles de los derechos fundamentales, es consecuencia, además, de que el legislador podría alcanzar la protección de los intereses sociales que persigue mediante penas menos

graves, sobre todo en los casos de menor entidad (...). Si el fin preventivo ya se puede lograr con doce meses en el caso de que los que rehúsan cumplir con el servicio militar, no se alcanza a percibir las razones por las que la prevención de idénticos comportamientos respecto de las obligaciones que incumben al objeto requerirán una pena mínima que supera el doble de la prevista (...).

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González Regueral.

“En los dos puntos siguientes disiento del parecer de la mayoría: art. 3, apartado 2, de la Ley 48/1984, en el inciso que permite al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (en adelante el Consejo) ‘requerir de otras personas u organismos la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes’; y art. 8, apartado 3, de la citada Ley, en su último inciso que dice: ‘En todo caso, comprenderá un período de tiempo que no será inferior a dieciocho meses ni superior a veinticuatro’”.

1. “La convicción personal e íntima del objetor de conciencia que por razones morales, éticas, religiosas o filosóficas se reconoce en el art. 30.2 de la Constitución como exención del derecho y el deber que establece el núm. 1 del mismo precepto, no admite, por la propia naturaleza ‘de conciencia’ que lo justifica, que personas u organismos extraños al objetor puedan ser requeridos por el Consejo para aportar al expediente elementos de juicio –documentos y testimonios– complementarios de los aportados por el objetor (...)”.

Considero por ello que, pese a las precisiones, limitaciones y hasta cautelas con que la Sentencia trata este problema de la intervención de extraños en el expediente, al no tener proyección alguna en el fallo, procede declarar inconstitucional el art. 3, apartado 2, de la Ley 48/1984, en el inciso indicado por vulnerarlos arts. 16.2 y 18.1 de la Constitución.

2. “En el art. 8, apartado 3, se refiere la Ley a ‘las actividades propias de la prestación social sustitutoria’ y a la ‘duración de la situación de actividad’ en la misma (...).

En el Voto Particular formulado por el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, se razona su disconformidad con la Sentencia en este punto concreto de los límites previstos en este precepto para la duración de la prestación sustitutoria. Comparto los fundamentos y la conclusión de inconstitucionalidad que se razona en dicho Voto Particular. Por lo que, en evitación de repeticiones innecesarias, me adhiero a su contenido.

En conclusión, mi discrepancia con la Sentencia consiste en estimar que en ella se ha debido declarar la nulidad del art. 3, apartado 2, de la Ley 48/1984, en el inciso referido en el apartado primero de este escrito, por ser contrario a



los arts. 16.2 y 18.1 de la Constitución; y la nulidad del art. 8, apartado 3, de la misma Ley, en lo concerniente a la duración de la prestación sustitutoria por contrario al art. 14”.

Voto particular que formula el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

“Discrepo de la opinión mayoritaria del Pleno en relación con la constitucionalidad del párrafo final del art. 8, de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, que establece que la prestación social sustitutoria del objetor de conciencia ‘comprenderá un período de tiempo que no será inferior a dieciocho meses ni superior a veinticuatro’. Estimo que dicho precepto está en contradicción con el art. 30.2 de la Constitución, en relación además con el art. 14 de la misma”.

“La justificación de la mayor duración responde así una doble finalidad que ha de ser adecuadamente ponderada, y que ha de tener en cuenta desde luego el respeto del contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia, cuyo ejercicio no debe suponer más allá de las debidas garantías de que habla el art. 30.2, cargas y restricciones adicionales que pudieran tener un efecto no solo disuasorio sino incluso represivo sobre el objetor. El legislador está autorizado, aun más la Constitución le impone, establecer las ‘debidas garantías’ al regular el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, garantías tanto para el Estado, para asegurar la seriedad de la objeción de conciencia, que responda a una convicción profunda del objetor, como para el propio objetor para evitar que nadie se vea forzado al uso de las armas en contra de sus propias y profundas convicciones.

La habilitación para regular estas garantías no permiten al legislador establecer para todos los casos una notable prolongación de la prestación social sustitutoria como medida preventiva que trata de evitar posibles e hipotéticos fraudes, pues ello constituye un obstáculo innecesario para el ejercicio del derecho a lo objeción de conciencia, al existir otros instrumentos, que la propia Ley además contiene, para evitar ese innegable riesgo. En consecuencia, no puede reconocerse que el art. 30.2 de la Constitución habilite al legislador a establecer este desproporcionado alargamiento, que puede llegar hasta la duplicación de la duración de la prestación social obligatoria frente a la duración del servicio militar, al que aquélla viene a sustituir.

Tampoco resulta razonable, respecto a la duración del servicio militar la notable diferenciación de trato, pese a la argumentación alegada de que la mayor gravosidad del servicio militar respecto a la prestación social sustitutoria, justificaría esa mayor extensión de la misma. (...) por lo que el precepto legal ha desconocido también el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución”.