

Curso de verano Derecho y Conciencia

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

*Jesús Ernesto Peces Morate
Magistrado de la Sala Tercera
Tribunal Supremo.*

Aranjuez, 7 de julio de 2009

SUMARIO

Introducción.

1. Posición actual de la jurisprudencia en materia de objeción de conciencia:

A) Precedentes.

B) Primera declaración ante un supuesto no regulado por ley.

C) Categórica declaración jurisprudencial acerca de que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la Ley y que pueda sustentarse en el artículo 16 de la Constitución.

2. Exposición pública de una disidencia.

3. Sugerencia final.

LA OBJECION DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

Jesús Ernesto Peces Morate
Magistrado de la Sala Tercera
del Tribunal Supremo.

Introducción:

Las reflexiones, que seguidamente expondré, no van encaminadas a un análisis general de la objeción de conciencia sino a explicar el tratamiento que le han dado los tribunales de justicia y concretamente la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de manera que ni siquiera voy a referirme a la singular y contradictoria doctrina constitucional ni, por supuesto, a la doctrina académica, pues todas esas tesis han sido examinadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tanto en sus sentencias como en los votos particulares emitidos por los magistrados discrepantes del criterio mayoritario.

Tampoco voy a defender mi personal punto de vista, que he de admitir que no lo tengo cumplidamente formado, sino a aventurar una hipótesis de estudio que pueda servir para la mejor comprensión de la posición de los jueces ante este hecho, cada vez más habitual¹, al que sólo, a mi parecer, los anglosajones han dado una solución realista y acorde con cada caso de objeción de conciencia que se les ha planteado.

Los jueces del sistema continental están, ante este problema, con su mirada puesta en el legislador mientras que los ingleses y norteamericanos han usado, para solucionarlo, la técnica, muy frecuente en sus decisiones, de la ponderación de valores y derechos o deberes.

Así opina, en un excelente estudio sobre “El derecho a la objeción de conciencia. Regulación, doctrina y jurisprudencia en España, en el Derecho Internacional, y en los Estados de nuestro entorno”, la profesora Carmen Plaza Martín², al señalar que «en el derecho continental se pone de manifiesto, en general, la existencia de reticencias y dudas por parte de los jueces a la hora de reconocer los derechos de objeción sin que medie *inteporsitio legislatoris*, mientras que en el seno de los países angloamericanos, por el contrario, los jueces adoptan decisiones sobre esta materia mucho menos constreñidos por el derecho positivo».

Estas sociedades carecen del lastre, cuya formulación absoluta fue idea de la Revolución francesa, de pretender reducir el Derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas y la exclusión en él de toda referencia al valor material de la justicia, que únicamente al legislador, y no al aplicador del Derecho, corresponde atender.

¹ Navarro-Valls, Rafael: “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”. Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, nº 9, septiembre de 2005. Iustel.

² Como material de trabajo para la Sala Tercera el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, con ocasión de las deliberaciones y votación de los litigios resueltos el 11 de febrero de 2009, relativos a la asignatura de Educación para la Ciudadanía, se nos facilitó este estudio encomendado a la profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha Carmen Plaza Martín.

Existen factores o elementos que ejercen influencia en la formulación por el juez de reglas en las que basar su decisión y que dependen de la existencia de una norma jurídica perfectamente elaborada, que simplemente tiene que aceptar, o de que, al no existir aquella regla sino una serie de principios o ideas de inspiración, el juez tenga que prefijar, con fundamento en éstos, la norma que necesita.

He opinado en alguna ocasión ³, al analizar el imprescindible equilibrio de los términos o elementos que conforman la decisión judicial (albedrío, ley, razón y sentimiento), que la resolución racional no puede eludir, como premisa, la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante para basarse en criterios éticos, políticos o sociales, no previstos expresamente por el ordenamiento jurídico, de manera que la dificultad para dar justa y útil respuesta a las pretensiones que en la actualidad se suscitan antes los jueces está en la selección de la premisa o paradigma normativo.

Ante este conflicto, es imprescindible que el juez acuda a los principios recogidos en las Declaraciones Universales y Tratados Internacionales, que tanto han proliferado y que, como expresión de la conciencia jurídica de la humanidad ⁴, son fuente de un derecho superior, que tiene en el propio juez su salvaguardia para evitar que aquéllos se conviertan en meras proclamas bien intencionadas, pues, como expresa categóricamente Danilo Zolo ⁵ «un derecho formalmente reconocido pero no justiciable – es decir no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos – es, *tout court*, un derecho inexistente».

Como apunta Perelman ⁶ «cuando el funcionamiento de la justicia deja ser puramente formalista y busca la adhesión de las partes y de la opinión pública, no basta indicar que la decisión se ha tomado bajo la cobertura de una disposición legal. Hay, además, que demostrar que es equitativa, oportuna y socialmente útil. Con ello, la autoridad y el poder del juez se acrecienta y es normal que el juez justifique, mediante una argumentación adecuada, cómo ha usado de su autoridad y de su poder».

La objeción de conciencia, según vamos a examinar, es, hoy por hoy, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo una “asignatura pendiente”, porque, sin negar que pueda existir fuera del caso recogido en el artículo 30.2 de la Constitución y del reconocido para el personal sanitario en la archiconocida sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, no la ha admitido en ningún supuesto al dirimir conflictos entre el derecho a la libertad de conciencia, reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, y un válido mandato legal que impone un deber contrario a aquél.

En la reciente sentencia de 11 de mayo de 2009 (recurso ordinario 69/2007), reiterando lo ya declarado en las anteriores de fecha 11 de febrero de 2009 (recursos de casación 905, 948, 949 y 1013 de 2008) se afirma que no se excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. Repárese que la proposición, en lugar de hacerse en términos positivos: “puede entenderse que de la Constitución surge tácitamente un

³ “El Juez: del albedrío a la ley entre la razón y el sentimiento”. Ponencia para el curso de formación continuada para jueces y magistrados celebrado en Madrid los días 16, 17 y 18 de junio de 2008.

⁴ Truyo y Serra, Antonio: «Los derechos humanos». Tecnos. 1984.

⁵ “La strategia della cittadinanza”. Laterza. 2 edición. Roma-Bari.

⁶ “La lógica jurídica y la Nueva Retórica”. Civitas. 1979.

derecho a quedar eximido del cumplimiento de un deber jurídico válido”, se hace en forma negativa: «no se excluye que no pueda entenderse.....». A la Sala Tercera del Tribunal Supremo no cabe duda que le inquieta que de sus declaraciones se pueda atisbar un hipotético reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia y por ello se apresta a dar explicaciones del alcance que tiene lo dicho en la sentencia de la misma Sala de fecha 23 de abril de 2005 (recurso de casación 6154/2002), que alguna doctrina había interpretado como un reconocimiento implícito del derecho a la objeción de conciencia ⁷ y que le sirvió al demandante para sostener esa misma tesis. Idéntica doctrina se reproduce en la sentencia de fecha 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 1484/2008).

Es evidente que la Sala Tercera se ha alineado abiertamente con la postura de los tribunales del sistema continental para los que no hay otras objeciones de conciencia que las reconocidas por el legislador, de modo que no existe el derecho a la objeción sin que medie *interpositio legislatoris*.

Como veremos, desde dentro de la propia Sala se ha generado la crítica y la oposición a la tesis mayoritaria, con lo que existe un germen que pudiera propiciar un cambio en el futuro.

Antes de iniciar el desarrollo de los planteamientos enfrentados que sobre esta cuestión hay en la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no quiero dejar de exponer un hecho que he observado desde el año 1993, en que vengo ejerciendo el oficio judicial en ella.

Los jueces de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, como es común y habitual en los demás de este mismo orden, son renuentes a admitir planteamientos innovadores que supongan la anulación de las decisiones o disposiciones administrativas cuando los conflictos se inician. Esta actitud medrosa o de extremada prudencia se suele ir superando a medida que idénticos asuntos se repiten, lo que evidencia que la solución dada no fue acertada al no haberse erradicado con las primeras resoluciones la conflictividad. Supuestos demostrativos de esta afirmación pueden encontrarse en la jurisprudencia relativa a la motivación en los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial, en la extranjería y en el asilo o en los justiprecios expropiatorios, a los que pueden añadirse algunos temas urbanísticos y ambientales.

El criterio que sostuve en la decisión del recurso contencioso-administrativo 496 de 2001 acerca de la prohibición de la cuota *litis* como forma de retribución de los abogados, que, al disentir de la mayoría, me llevó, como ponente, a declinar la redacción de la sentencia y formular voto particular con fecha 3 de marzo de 2003, ha sido recogido como decisión del Pleno de la Sala en la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2008 (recurso de casación 5837/2005), lo que demuestra que la jurisprudencia evoluciona al compás de los tiempos, de modo que no existen tesis jurisprudenciales inamovibles.

⁷ “Navarro Valls, Rafael: Obra citada.

1. Posición actual de la jurisprudencia en materia de objeción de conciencia:

A) Precedentes:

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tuvo ocasión de encararse con la objeción de conciencia a partir de la vigencia de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, sobre objeción de conciencia y prestación social sustitutoria, y de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 20/1998, de 15 de enero, lo que refleja que, a pesar de un claro reconocimiento constitucional de esta modalidad de objeción de conciencia, que la propia Constitución no califica de derecho sino de causa de exención del servicio militar, y de su desarrollo legal y reglamentario, no se apaciguaron los conflictos que llegaron ante los Tribunales para que dirimiesen las distintas interpretaciones de la Ley o el alcance de las decisiones del Consejo Nacional de Objetores de Conciencia y de la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia.

Ello demuestra que, aun contando con la requerida *interpositio legislatoris*, la objeción de conciencia produjo abundante litigiosidad.

B) Primera declaración ante un supuesto no regulado por ley:

La primera ocasión en que la Sala Tercera del Tribunal Supremo se enfrenta a una alegación de objeción de conciencia, no contemplada por el legislador, fue en el recurso de casación 6154 de 2002, resuelto por su sentencia de fecha 23 de abril de 2005, en el que declaró no haber lugar al recurso con desestimación de los motivos invocados frente a una sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Granada, que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo sostenido por un colegiado no ejerciente del Colegio de Farmacéuticos de Jaén contra una Orden de la Consejería de Salud que incluía, entre los productos de los que tienen que disponer las oficinas de farmacia, preservativos y progestágenos (principio activo levonorgestrel 0,750 mg.), debido a la falta de legitimación del recurrente por no ser titular de oficina de farmacia ni de almacén de productos farmacéuticos y considerarse insuficiente, para apreciar su interés legítimo, que sus padres fuesen titulares de oficinas de farmacia, en cuya gestión tendría que participar en el futuro.

Por ello en la indicada sentencia se declara que: «La Sala al adoptar esta decisión reconoce que los argumentos utilizados por el recurrente se mueven en el terreno de la especulación acerca de la eventual aplicación distorsionada de la Orden impugnada, que en caso de ser infractora del artículo 15 de la CE, siempre podría ser denunciada, en las circunstancias concretas que están ausentes en este caso, ante los órganos judiciales competentes y subsidiariamente, en vía de amparo constitucional, frente a este caso, en que no se ha acreditado la comisión de una acción concreta y lesiva para un nuevo ser, por utilización de una intercepción o contracepción postcoital o de emergencia con el principio activo del levonorgestrel 0,750 mg.».

Pero, seguidamente, continúa el Tribunal Supremo expresando que: «También, en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE (STC nº 53/85), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos

profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos, circunstancia no concurrente en este caso».

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia, de fecha 11 de mayo de 2009 (recurso ordinario 69/2007), como el recurrente hacía hincapié en tales declaraciones confiriéndoles el valor de precedente, y sabedora, a su vez, de que así lo ha entendido alguna doctrina⁸, se apresura a manifestar que «no cuesta trabajo advertir que la mención a la objeción de conciencia se efectúa en el contexto de una argumentación a mayor abundamiento y ajena a la *ratio decidendi*, se limita a reiterar lo que sobre la misma dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985 y a formular una afirmación abstracta en términos negativos que se limita a no excluir el derecho que a la misma podría corresponder a los profesionales sanitarios afectados, reconociendo, sin embargo, que no es aplicable al supuesto enjuiciado».

No parece necesario abundar en argumentos para coincidir con la apreciación de la Sala Tercera de que dichas declaraciones, contenidas en la sentencia de 23 de abril de 2005, no implican la aceptación de la objeción de conciencia «ex artículo 16.1 de la Constitución», aunque no cabe duda que se cita la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, que, en un conocidísimo *obiter dicta*, admite la existencia de un derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario sin que sea necesaria la *interpositio legislatoris*. Así, en su fundamento jurídico decimocuarto, declaró que «cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

C) Categórica declaración jurisprudencial acerca de que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la Ley y que pueda sustentarse en el artículo 16 de la Constitución.

Lamentablemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado por mayoría de sus magistrados sobre la objeción de conciencia en varios recuso de casación (905, 948, 949 y 1013 de 2008), en los que tal cuestión no era decisiva para resolver el conflicto, como la propia Sala admitió, y que traían una carga política y mediática de gran calado, cual era la implantación en el sistema docente español de la asignatura denominada Educación para la Ciudadanía .

En cuanto a lo primero resulta relevante que la objeción de conciencia, aunque invocada expresamente por los litigantes, no era la *ratio decidendi* según admite la propia sentencia y lo evidencia uno de los votos particulares emitidos, que, aun acorde con la posición decisoria de la Sala, no comparte su tesis relativa a la objeción de

⁸ Plaza Martín, Carmen: estudio antes citado.

Alenda Salinas, M.: «La píldora del día después: su conflictividad jurídica como manifestación de la objeción de conciencia farmacéutica», Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, nº 16, enero 2008. Iustel.

González-Varas Ibáñez, A.: «La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España». Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, nº 15, octubre 2008. Iustel.

conciencia. Lo segundo porque los conflictos con fuertes implicaciones políticas y tensiones mediáticas no son los más idóneos para una serena y desapasionada reflexión, que se presume debe presidir las deliberaciones de un Tribunal colegiado.

El segundo caso, en el que la Sala ha mantenido idéntico criterio, adolecía de una de esas circunstancias adversas pero en él era clave la cuestión de la posible exención de un deber. Consistió en la aducida objeción de conciencia por un juez, encargado del Registro Civil, para celebrar el matrimonio entre personas de igual sexo (recurso ordinario 69/2007), de manera que aquí el problema de la objeción es el núcleo del pleito. Otro tanto sucede con la sentencia de fecha 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 1484/2008), que aborda el tema de la objeción de conciencia de forma incidental, remitiéndose a lo ya dicho pero sin ser decisiva en este caso tal cuestión para la resolución del litigio.

Resulta memorable que, entre los magistrados de la Sección Octava firmantes de estas dos sentencias, se encuentre uno (Sr. Díaz Delgado) de los que se adhirió al voto particular concurrente a las primeras, precisamente por no compartir la doctrina de la Sala acerca de la objeción de conciencia, a pesar de lo cual en la dictada en el recurso ordinario 69/2007, cuya única razón de decidir es la tesis contraria al reconocimiento de la objeción de conciencia como derivable de la libertad ideológica, religiosa y de culto, recogida en el artículo 16 de la Constitución, no ha hecho pública expresión de su disenso, lo que, desde luego, no supone que comparta la decisión de la Sala.

Sostengo que las sentencias, de 11 de febrero de 2009, sobre la asignatura Educación para la Ciudadanía no tuvieron como razón de decidir la cuestión relativa a la objeción de conciencia, aunque en una (recurso de casación 905/2008) se ponga especial énfasis en ello, porque, a pesar de dedicar dos fundamentos jurídicos al tema, lo cierto es que en todas ellas se admite que los derechos, cuya tutela se pidió por los demandantes, son los reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución, lo que les lleva a rechazar la inadecuación del procedimiento que habían invocado las representaciones procesales de las Administraciones demandadas. En uno de los votos particulares, el suscrito por el Sr. Frías Ponce al que se adhiere el Sr. Martínez Micó, ni siquiera, para explicar las razones de su discrepancia con la decisión, se hace referencia a la objeción de conciencia.

Como en la sentencia de la Sala Tercera (Sección Octava) del Tribunal Supremo, de fecha 11 de mayo de 2009 (recurso ordinario 69/2007), se recogen todos y cada uno de los argumentos usados en las anteriores de fecha 11 de febrero de 2009, para una más exacta información, adjunto, como **anexo 1**, a estas reflexiones el texto de los fundamentos sexto a noveno, en los que la Sala no sólo repite lo ya dicho sino que hace algunas consideraciones adicionales, al hilo de lo alegado por el demandante, que vienen a reforzar su posición anterior.

De la lectura de esta sentencia y de las anteriores se deduce cierta contradicción, al declarar primero que del artículo 16 de la Constitución no cabe derivar un derecho general a la objeción de conciencia, susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la Ley, para más adelante admitir que *«La Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no puede entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido»*.

Seguidamente acotan los supuestos en los que cabría la objeción, cual son los *«casos en los que se perciba con absoluta nitidez la contraposición radical entre la*

conciencia de quienes pretender ser eximidos de su cumplimiento y uno deberes públicos de significación tan acusada como el de prestar el servicio militar obligatorio o el de intervenir en la práctica del aborto en los supuestos despenalizados».

Se observa en esta última proposición que la Sala evita cualquier pauta o criterio que pueda dar pie a objeciones que no sean las ya admitidas por el texto constitucional o en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional.

Sería más clarificador si la Sala hubiese admitido que la objeción de conciencia, legitimadora de la excusa en el cumplimiento de deberes legal y válidamente impuestos, es permisible por cuanto que cabe una contraposición de un deber ético frente a otro jurídico, aunque hubiese declarado que en los casos enjuiciados no concurrían los requisitos necesarios para ello, pero, en lugar de así proceder, se refugia en el monopolio que tienen el legislador y el Tribunal Constitucional para configurar la excusa.

Me pregunto si los tribunales de justicia no tienen idéntico deber (artículo 53.2 de la Constitución) que éste de amparar a cualquier ciudadano en sus libertades y derechos fundamentales.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, con su cauta postura está, implícitamente, asumiendo la doctrina de quienes consideran que, de no estar previamente establecidas en la Constitución o en las leyes, las objeciones de conciencia han de ser reconocidas caso por caso por el Tribunal Constitucional⁹.

Cualquiera, sin embargo, puede preguntarse, con más lógica, el porqué no por los jueces y tribunales, cuyo cometido, como he señalado, incluye la protección de los derechos fundamentales, entre los que están los recogidos en el artículo 16.1 de la Constitución. El problema, en definitiva, deriva en la decisión de un conflicto entre deberes mediante la técnica de la ponderación.

En el supuesto planteado por el juez encargado del Registro Civil con el fin de quedar exento de celebrar matrimonios entres personas del mismo sexo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo hubiera tenido ocasión, para decidir, de realizar un juicio de ponderación entre el deber de aquél, derivado del cargo público que ejerce, y sus convicciones morales, que le imponen también el deber de no autorizar un matrimonio entre homosexuales.

Si así hubiese procedido, aunque no aceptase la dispensa pretendida, se habría producido un cambio jurisprudencial, por no excluirse la posibilidad de una exención del cumplimiento de un deber jurídico válido, en contraposición con un deber moral, y asumir este cometido los jueces sin deferirlo al legislador o al Tribunal Constitucional.

⁹ Peces Barba, Gregorio: "Laicidad y laicismo". Diario El País de 17 de septiembre de 2007.

2. Exposición pública de una disidencia:

Las sentencias de 11 de febrero de 2009, resolutorias de la cuestión relativa a la asignatura Educación para la Ciudadanía, dictadas por el Pleno de la Sala Tercera, no así la pronunciada el 11 de mayo de 2009 de su Sección Octava sobre la objeción de conciencia aducida por un juez encargado del Registro Civil para excusarse de la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, cuentan con sendos votos particulares, cuyos autores, aun admitiendo que el conflicto versa sobre el derecho de los padres a elegir la educación moral de sus hijos, contemplado en el artículo 27.3 de la Constitución, los formulan al haber entrado las sentencias a examinar aquélla, debido a que los demandantes habían esgrimido este derecho al amparo de la objeción de conciencia, que derivaban directamente de lo establecido en el artículo 16.1 de la propia Constitución.

Me he referido antes a que no eran estos, por sus características, unos pleitos idóneos para debatir tal cuestión, entre otras razones por no resultar imprescindible el reconocimiento o negación de la objeción de conciencia para resolverlos, como lo evidencia, entre otros hechos, el que uno de los votos particulares, discrepante de la solución final, ni siquiera aborda tal cuestión y otro disiente de la tesis mayoritaria, en cuanto al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia, aunque coincide con el resultado denegatorio del derecho esgrimido por los padres respecto de la mentada asignatura, con la peculiaridad, que también apunté, de que uno de los magistrados que lo firma no ha reiterado su desacuerdo con la sentencia de 11 de mayo de 2009 (recurso ordinario 69/2007), a pesar de que la Sala se remite en ella a la doctrina que ya estableciese en sus sentencia de 11 de febrero del mismo año.

Idéntica metodología, a la que he empleado en la exposición sobre la decisión mayoritaria a través de la incorporación de su última sentencia al **anexo 1**, voy a utilizar para dar a conocer los pareceres discrepantes de los magistrados de la propia Sala en el **anexo 2**, a fin de facilitar su directa lectura.

Como puede comprobarse, uno de los votos particulares no comparte la doctrina sobre la objeción de conciencia, aunque coincide con la decisión de fondo. Los otros tres también disienten de ésta y, en todos ellos, al igual que en las sentencias, se examinan las decisiones de otros Tribunales sobre la misma materia aunque con una interpretación no siempre coincidente con la de la mayoría, incluso respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional español y, por supuesto, de la exégesis de lo establecido en el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pendiente su vigencia de la ratificación del Tratado de Lisboa por los Estados de dicha Unión.

Sólo voy a transcribir aquí algunos párrafos del voto particular emitido por el magistrado Sr. Campos Sánchez-Bordona, que, junto con el del Sr. Sieira Míguez, son los que más abundan en el tema de la objeción de conciencia con un planteamiento abiertamente opuesto al de la mayoría, y que me parecen de singular relevancia e interés para la mejor comprensión de esta causa de exención, como la denomina nuestra Constitución, de deberes impuestos legalmente.

Afirma el citado magistrado que «Si el silencio del constituyente no obsta a que el legislador acepte la objeción de conciencia frente a deberes que él mismo impone, ¿el silencio del legislador ordinario excluye siempre y en todo caso el reconocimiento judicial de aquélla? Esta es la pregunta clave cuya respuesta entiendo que no puede ser afirmativa en términos absolutos. De hecho, como seguidamente expondré, no lo ha sido en nuestra reciente historia constitucional ni en la de otros países cuyos tribunales supremos han reconocido que les corresponde en último término ponderar

si, ante una situación dada, es "legítimo" el incumplimiento del deber objetado, también cuando éste se presenta como jurídicamente válido».

Más adelante señala el mismo magistrado que «y es que la función jurisdiccional, precisamente porque está volcada a la resolución de conflictos singulares a partir de parámetros normativos que no se agotan en la ley (la propia Constitución hablará de la sujeción al "ordenamiento jurídico" como categoría más amplia), es también uno de los ámbitos de decisión adecuados para determinar en cada caso -siempre que no haya un explícito rechazo de la ley a su admisión, contra el que sólo cabría la cuestión de inconstitucionalidad- si, a título excepcional y con las garantías debidas, el conflicto entre los motivos de conciencia y los deberes públicos objetados puede resolverse en un sentido o en otro», para cerrar su idea en párrafo continuo con el siguiente argumento: «Pero considero, sin embargo, que la fortaleza del Estado no se resiente sino que se puede incluso acrecentar con el reconocimiento de espacios de disensión basados en imperativos serios de conciencia si aquel reconocimiento permite, sin perjuicio para terceros, que bien un individuo singular, un grupo social o una parte significativa de la sociedad no se vean compelidos a obrar contra sus convicciones más íntimas en cumplimiento de determinados deberes impuestos por vía parlamentaria o por vía reglamentaria».

Finalmente, contiene el voto del Sr. Campos una apreciación con la que, desde un plano realista, tiene que haber perfecta sintonía, y es que «la admisión de esta posibilidad de reconocimiento judicial de la objeción, sin previo soporte legal, no necesariamente conduce a los resultados demoledores que algunos vaticinan. De hecho, en ciertos ordenamientos jurídicos que ninguno calificaríamos de débiles o amenazados de destrucción por este motivo, se admite con naturalidad que los tribunales reconozcan -en determinados supuestos y con las adecuadas cautelas- espacios de exención singular, basados en razones de conciencia, frente a deberes jurídicos generales, también cuando las leyes que imponen estos deberes no han previsto cláusulas de objeción o exención. El papel protagonista de los tribunales en estos casos, como poderes estatales idóneos para realizar en cada caso el juicio de ponderación que resuelva el conflicto, coexiste, pues, con la posibilidad indiscutida de que el legislador adopte o rechace por sí mismo aquellas cláusulas».

Como muestra de la diferente interpretación de nuestra doctrina constitucional por unos y otros magistrados, transcribo el parecer del Sr. Sieira Míguez al comienzo de su voto particular, según el cual: «El hecho de que el derecho a la objeción de conciencia encuentre sus límites en la noción de orden público, no supone, en absoluto, la imposibilidad de su reconocimiento más allá de los estrechos límites que establece la sentencia mayoritaria en su fundamento octavo; así lo demuestra el hecho de que nuestro Tribunal Constitucional lo haya admitido, aun siendo conscientes de que no siempre ha mantenido una postura clara y unívoca, y no sólo, como se afirma inicialmente en el fundamento octavo de la sentencia, en los supuestos de aborto que han sido despenalizados, sino también en aquellos a que la propia sentencia hace referencia más adelante y en otros que no cita, tales como los de las sentencias 19/85, 120/90 y la 137/90, en las que se declara que la libertad religiosa incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y a mantenerlas frente a terceros».

En fin, podría seguir resaltando las sólidas razones de la discrepancia de los distintos votos particulares, pero creo más útil su lectura directa sin mi interposición, pues, como he indicado, los incorporo en el **anexo 2** de este trabajo.

3. Sugerencia final:

Como hemos visto, tanto la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como la doctrina del Tribunal Constitucional aluden al derecho a la objeción de conciencia. La misma denominación utiliza el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al establecer que « se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulan su ejercicio», regla muy parecida a la contenida en el apartado 6 del artículo 41 de la Constitución portuguesa, según el cual «se garantiza el derecho a la objeción de conciencia en los términos que disponga la Ley».

Sin embargo, como antes apunté, nuestra Constitución, por decisión o no consciente del legislador constituyente, en su artículo 30.2 equipara la objeción de conciencia a las demás causas de exención del servicio militar, es decir que la configura como una circunstancia eximente del cumplimiento de una norma.

Su naturaleza jurídica no es la de un derecho subjetivo sino la de una causa de exención, lo que, a mi entender, ayuda a la mejor comprensión de esta institución como una técnica de solución de un conflicto de intereses, cual son el derecho a la libertad de conciencia y un deber coactivamente exigible.

Cabe admitir que las causas de exención de la responsabilidad criminal, por ejemplo, o cualquiera otra reconocida jurídicamente, no son derechos subjetivos en sentido propio, pues no hay derecho a matar o a lesionar cuando otro nos hace objeto de una agresión ilegítima, sino que, en tales casos, el ordenamiento sancionador exige de responsabilidad.

Se puede argüir que para que así sea es precisa una exención legalmente definida, pero la analogía cumple una función destacada en la apreciación de esas circunstancias (artículos 4.1 del Código civil y 21.6 del Código penal).

En definitiva, mi propuesta no pasa de ser un forma, que considero razonable, de evitar reticencias en los jueces y, al mismo tiempo, descartar que la objeción de conciencia pueda considerarse como un instrumento que compromete la esencia misma del Estado de Derecho, a modo de caballo de Troya introducido en el ordenamiento jurídico.

Si la objeción de conciencia se concibe como medio para resolver un problema de límites o de ponderación de intereses, según lo viene entendiendo la jurisprudencia anglosajona, no hay inconveniente alguno para que, cuando esa ponderación no la haya efectuado el propio legislador mediante la inclusión de una cláusula en aquellas normas que previsiblemente sean susceptibles de ocasionar conflictos éticos graves en algunos ciudadanos, deban los jueces, en cada caso concreto en que los ciudadanos planteen tal conflicto, hacer uso de la técnica de la objeción de conciencia a través de una motivación racional, después de comprobar la verdad y seriedad de las causas alegadas¹⁰.

¹⁰ Prieto Sanchís, Luis: "Desobediencia civil y objeción de conciencia". Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007, página 35.

El autor de la norma tiene, lógicamente, la facultad de excepcionar su cumplimiento o de derogarla y cambiarla por otra, pero a cualquier ciudadano, que incumpla una regla, habrá que darle la posibilidad de argüir que obra en virtud de un imperativo ético, lo que serán los jueces quienes tengan que decidir si está justificado.

Aranjuez, 7 de julio de 2009

Jesús Ernesto Peces Morate
Magistrado de la Sala Tercera del
Tribunal Supremo.

ANEXO 1

Sala Tercera del Tribunal Supremo
Sección Octava.
Sentencia de fecha 11 de mayo de 2009.
Recurso directo 69/2007.

SEXTO.-De la objeción de conciencia y del derecho a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución se ha ocupado recientemente el Pleno de esta Sala Tercera en las sentencias de 11 de febrero de 2009 (recursos de casación 905, 948, 949 y 1013/2008). En ellas, como vamos a ver, se afrontan las cuestiones principales suscitadas en este proceso y se rechaza que tenga cabida en nuestro ordenamiento constitucional un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la Ley y que pueda sustentarse en el citado artículo 16 de la Constitución.

Los argumentos que llevaron a ese pronunciamiento son los que, a continuación, se recogen y, como se verá, responden a los argumentos esgrimidos por el recurrente.

En efecto, esas sentencias recuerdan que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2 y constatan que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado (sentencia 53/1985). Admiten, también, que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. No obstante, precisan que, en tal caso, se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo --no constitucional-- y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, el cual podría crearlo, modificarlo o suprimirlo según lo estimase oportuno.

Por lo demás, no aceptan que de la Constitución surja un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador. En particular, rechazan que derive del artículo 16 de la Constitución. Es decir, que la libertad religiosa e ideológica garantice, no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Se apoya la Sala en dos órdenes de razones para mantener esa posición.

En primer lugar, explican las sentencias, una interpretación sistemática del texto constitucional no conduce en absoluto a esa conclusión. Incluso, pasando por alto que la previsión expresa de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 30.2 no tendría mucho sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16, observan que el tenor de este último precepto constitucional dista de abonar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a las propias creencias. En efecto, afirman, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y

bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Constitución: "el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Pues bien, independientemente de la mayor o menor extensión que se dé a la noción de orden público, las sentencias consideran claro que ésta se refiere, por definición, a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto para la Sala que el constituyente nunca pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público.

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, dicen las sentencias que se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Este es --subrayan-- un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en nuestra Constitución es el elaborado por procedimientos democráticos. A ello añaden que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, el Pleno de la Sala pasa a verificar si podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional.

Advierte al respecto que los precedentes jurisprudenciales distan de ser nítidos y lineales. Así, siendo cierto que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, relativa a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo, considera muy difícil que de ella se pueda extraer un principio general por ser claramente un supuesto límite el que contempla.

Ve más clara, como precedente en materia de objeción de conciencia, la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció. Ciertamente, recuerdan, el Tribunal Constitucional consideró que dicha condena penal supuso una violación de la libertad religiosa de los padres; lo que, al menos implícitamente, implica admitir que la libertad religiosa puede tener algún reflejo en el modo de comportarse. Pero, tratándose de una sentencia muy ligada a las innegables exigencias de justicia material del caso concreto, no ve el Pleno fácil extraer de aquí un principio general.

Y, en cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, señala que cuando alguien sometido a una especial disciplina --recordemos que se referían a un sargento de las Fuerzas Armadas y a un subinspector del Cuerpo Nacional de Policía-- es obligado a participar en un acto religioso, hay sencillamente una violación de su libertad religiosa.

Concluye el Pleno de la Sala que, en suma, la jurisprudencia constitucional española no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para

ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, indican que el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone:

"Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

Reconoce la Sala que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y llega a aceptar que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo. Ahora bien, subraya que la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. Además, advierte que el artículo 10.2 de la Carta requiere expresamente una *interpositio legislatoris* para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.

Ciertamente, las sentencias de 11 de febrero de 2009 no excluyen de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. No obstante, apuntan que ha de tratarse de supuestos en los que afloran conflictos semejantes al que se produce en aquellos en que la Constitución o el Tribunal Constitucional, al interpretarla, han reconocido el derecho a objetar. Es decir, casos en los que se perciba con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes públicos de significación tan acusada como el de prestar el servicio militar obligatorio o el de intervenir en la práctica del aborto en los supuestos despenalizados.

SÉPTIMO.- Fácilmente se desprende de la exposición que se acaba de hacer que la aplicación de las anteriores consideraciones es suficiente para rechazar los principales argumentos con los que el Sr sostiene sus pretensiones.

No obstante, conviene completar cuanto se ha dicho con unas consideraciones adicionales sobre varios aspectos en los que insiste el recurrente.

La primera es la que se refiere a la identidad que ve el recurrente entre las circunstancias contempladas en las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004 y las que se dan aquí y en la relevancia que para el debate establecido en este proceso tiene la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 23 de abril de 2005. La segunda hace referencia a la invocación del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo dictada en el caso *Cosans y Campbell contra el Reino Unido*, de 1982. En fin, la última versa sobre la especial sumisión a la Ley que caracteriza la posición de los poderes públicos y, en particular, la de los jueces y magistrados.

En cuanto a las sentencias constitucionales indicadas hay que decir que protegen la libertad religiosa en su vertiente negativa. Es decir, amparan el derecho de los recurrentes a no verse obligados a participar en actos de trascendencia religiosa, como lo eran honrar a la Virgen de los Desamparados o acompañar durante la estación de penitencia a la Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús el Rico. Participación, que era absolutamente ajena a los deberes propios de los miembros de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así, no sólo son

distintos los hechos contemplados en esas sentencias 177/1996 y 101/2004 y los que se dan en este caso, sino que también es diferente la calificación jurídica que merecen.

En efecto, al juez encargado del Registro Civil no se le exige el cumplimiento de deberes ajenos a su función registral ni, mucho menos, participar en actos de trascendencia religiosa. La labor que debe realizar es de carácter técnico-jurídico y está prescrita en la Ley. Por tanto, ni desde el punto de vista fáctico, ni desde el doctrinal cabe hablar de precedente aplicable a este supuesto.

Sobre la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 23 de abril de 2005, que vuelve a alegar el Sr. en su escrito de conclusiones, hemos de decir que se limita a desestimar el recurso de casación 6154/2002, confirmando así la inadmisión por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, del recurso de un colegiado no ejerciente del Colegio de Farmacéuticos de Jaén contra una Orden de la Consejería de Salud que incluía entre los productos de los que debían disponer las oficinas de farmacia preservativos y progestágenos (principio activo levonorgestrel 0,750 mg.). Inadmisión debida a la falta de legitimación del recurrente por no ser titular de oficina de farmacia ni de almacén de productos farmacéuticos y considerarse insuficiente para apreciar su interés legítimo que sus padres fueran los titulares de oficinas de farmacia en cuya gestión tendría que participar en el futuro.

Por eso, la sentencia de la Sección Séptima se extiende sobre la jurisprudencia en materia de legitimación activa y, tras rechazar que la tuviera el actor, concluye que, por esa razón, procede confirmar la sentencia recurrida. Sólo después dirá en el último de sus fundamentos:

"QUINTO.- La Sala al adoptar esta decisión reconoce que los argumentos utilizados por el recurrente se mueven en el terreno de la especulación acerca de la eventual aplicación distorsionada de la Orden impugnada, que en caso de ser infractora del artículo 15 de la CE, siempre podría ser denunciada, en las circunstancias concretas que están ausentes en este caso, ante los órganos judiciales competentes y subsidiariamente, en vía de amparo constitucional, frente a este caso, en que no se ha acreditado la comisión de una acción concreta y lesiva para un nuevo ser, por utilización de una intercepción o contracepción postcoital o de emergencia con el principio activo del levonorgestrel 0,750 mg.

También, en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE (STC núm. 53/85), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos, circunstancia no concurrente en este caso"

No cuesta trabajo advertir que la mención a la objeción de conciencia se efectúa en el contexto de una argumentación a mayor abundamiento y ajena a la *ratio decidendi*, se limita a reiterar lo que sobre la misma dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985 y a formular una afirmación abstracta en términos negativos que

se limita a no excluir el derecho que a la misma podría corresponder a los profesionales sanitarios afectados, reconociendo, sin embargo, que no es aplicable al supuesto enjuiciado.

Así, pues, esta sentencia no aporta elementos relevantes para resolver el litigio que nos ocupa.

OCTAVO.- El artículo 9 del Convenio de Roma dice así:

"Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión, o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

Se aprecia fácilmente que no está reconociendo un derecho a la objeción de conciencia como afirma el recurrente. Habla el precepto de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en unos términos que ha seguido el artículo 16 de la Constitución española. Por tanto, de aquí no resultan argumentos adicionales.

Tampoco los ofrece la sentencia del caso *Cosans y Campbell* pues en ella se trataba sobre el castigo corporal previsto en el sistema educativo escocés y su incidencia sobre los derechos reconocidos por los artículos 3 del Convenio y 2 del Protocolo nº 1. El Tribunal de Estrasburgo, dado que los hijos de las recurrentes no llegaron a padecer esos castigos, no apreció lesión del derecho a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3). En cambio, sí consideró vulnerado el derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo nº 1), tanto en su faceta de acceso a la misma --en el caso de Jeffrey Cosans, pues se suspendió su acceso a los servicios educativos en tanto él y sus padres no aceptaran que podía ser sometido a castigos corporales-- como en la de que la enseñanza respete las creencias religiosas y filosóficas de los padres. En este caso, la sentencia consideró lesionado el derecho de las Sras. Cosans y Campbell cuyas convicciones filosóficas eran contrarias a la aplicación a los alumnos de castigos corporales como medio para salvaguardar la disciplina.

Es decir, tampoco ofrece esta sentencia, dictada en un supuesto bien diferente al que contemplamos, argumentos que sostengan la pretensión del recurrente.

NOVENO.- Finalmente, sobre la sumisión a la Ley de los poderes públicos, importa recordar, como lo hace el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que la Constitución es particularmente rotunda. La impone con carácter general en su artículo 9.1 para, después, reiterarla a lo largo de su articulado respecto de los distintos órganos que establece. Reiteración señaladamente vigorosa para los jueces y magistrados, que dice el artículo 117.1, están sometidos "únicamente al imperio de la Ley". Antes, los artículos 97 y 103.1 la han impuesto, respectivamente, para el Gobierno y las Administraciones Públicas, también con especial fuerza para

éstas pues su sujeción a la Ley y al Derecho ha de ser plena. Sabemos, asimismo, que, según ha explicado el Tribunal Constitucional, ese artículo 9.1 y, en general, los preceptos que sujetan a los poderes públicos a la legalidad, los vinculan no sólo negativamente sino, también, de forma positiva de manera que, además de prohibirles actuar contra las leyes, únicamente les permiten hacerlo cuando cuentan con habilitación del legislador (sentencias 119/1990 y las que en ella se citan).

Por tanto, si uno de los rasgos distintivos de la posición de los miembros de la Carrera Judicial, en tanto ejercen la potestad jurisdiccional o aquellas otras funciones que el artículo 117.4 de la Constitución autoriza al legislador a encomendarles, es su sumisión única a la legalidad en el doble sentido que se ha dicho, está claro que no pueden dejar de cumplir los deberes que emanan de la misma a falta de previsión expresa que se lo autorice. En caso contrario, se resentiría esencialmente la configuración del Poder Judicial y la función de garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el constituyente le ha confiado.

Aquí reside lo determinante de este pleito. Frente a ello, carecen de trascendencia otros aspectos que se han mencionado. En efecto, no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan -- independencia, imparcialidad, responsabilidad-- en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa.

ANEXO 2

Voto particular que formula el magistrado Don **Juan José González Rivas** a las sentencias de fecha 11 de febrero de 2009, dictadas en los recursos de casación 905, 948, 949 y 1013 de 2008:

VII. Alcance del derecho a la objeción de conciencia.

La tesis mayoritaria se inclina por el no reconocimiento de la objeción por considerar que en el texto constitucional vigente sólo está prevista explícitamente en el caso de la prestación del servicio militar, y siempre que se hubiera reconocido por ley, lo que hubiera cerrado el debate planteado.

Sin embargo, la sentencia al entender que no puede surgir tácitamente de la Constitución un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido que no resulta acreditado en este caso, sin justificarlo, deja abierta la posibilidad de que sea el Poder Judicial quien haya de resolver los conflictos que en materia de objeción de conciencia puedan producirse en la sociedad, como es en el caso cuestionado y con fundamento en los razonamientos que sobre la objeción ha formulado el Tribunal Constitucional.

Así, por citar algunos ejemplos de la jurisprudencia constitucional en que se apoya la sentencia recurrida frente a la tesis que se mantiene en la resolución del recurso de casación, en el fundamento octavo que, en parte, es contradictorio con el fundamento jurídico séptimo, el último párrafo del fundamento jurídico noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno 5/81, reconoce otorgar a los profesores y docentes la posibilidad de un "rechazo" a planteamientos de adoctrinamiento, el fundamento jurídico catorce de la STC 53/85 valora la objeción de conciencia en un sistema democrático y considera que es inherente al derecho a la objeción de conciencia la libertad de conciencia y la libertad ideológica, la STC 177/96 al posibilitar que un militar sea relevado de prestar servicio de armas, la STC 154/02, al examinar la incidencia de la libertad ideológica de unos padres en relación con transfusión sanguínea a un menor de 13 años, Testigos de Jehová, y la STC 101/04 reconoce el relevo de un policía a participar en la procesión del viernes de la Semana Santa en la ciudad de Málaga, reconduciendo sustancialmente el problema a la faceta negativa de la libertad religiosa y en todos estos casos se están examinando las distintas situaciones susceptibles de valoración jurisprudencial que se proyectan en el entorno de la objeción de conciencia.

En consecuencia, procede examinar el fondo del debate para concluir si por la sentencia recurrida se ha producido una indebida aplicación de los preceptos constitucionales y legales invocados en los motivos primeros del Abogado del Estado y del Letrado de la Junta de Andalucía, pues la objeción de conciencia no es más que la libertad de conciencia, en caso de conflicto, lo que nos remite a un problema de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales y "faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones" (STC 177/96).

También, si traspasamos la órbita del derecho interno al derecho internacional, los casos Folgero y Zengin (STEDH de 20 de junio de 2007 y 9 de octubre de 2007) reconocen la exención parcial de determinados contenidos curriculares en las disciplinas cuestionadas y el papel neutral e imparcial del Estado cuando se

examinan temas concernientes a esta problemática, lo que se reitera en SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (asuntos Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia).

De ello se infiere que, o bien por la vía del análisis de una posible vulneración de los artículos 16.1 y 27.3 de la CE o por la vía de la necesaria intermediación judicial, que propicia el reconocimiento de la fuerza del derecho en situaciones de conflicto, puesto que la cuestión esencial, en este caso, consiste en determinar hasta donde llega la libertad de conciencia, se supera el primer óbice que pudiera condicionar el rechazo de la pretensión formulada y la conclusión que se extrae es que procede el examen del contenido de los Reales Decretos 1513/06, 1631/06 y 1467/06, frente a la tesis que mantiene la sentencia cuando subraya, por un lado, que no es preciso entrar a examinar los contenidos concretos de la asignatura y, sin embargo, reconoce que los reglamentos que desarrollan la asignatura no consideran, a efectos de evaluación, las convicciones personales ni obligan a desvelarlas.

Sobre este punto, y frente la tesis que mantiene la importancia del orden público como límite al ejercicio de la libertad de conciencia en el fundamento jurídico octavo, hay que subrayar las dificultades que entraña concretar las conductas lesivas del mismo, máxime cuando la libertad de conciencia puede representar un límite al concepto de orden público, al constituir una conducta, simultáneamente, el ejercicio de la libertad de conciencia y, al propio tiempo, una vulneración del orden público, que constituye una noción jurídica muy abierta a las más plurales concepciones de la moralidad y de los juicios de valor, ya que la propia Constitución y su horizonte axiológico es plural y toda interpretación constitucional implica también, en gran parte, una interpretación de conceptos jurídicos indeterminados.

En suma, el juicio de ponderación, en una sociedad que proclama la libertad de creencias, la laicidad y la neutralidad del Estado, ha de ser resuelto por el Poder Judicial, como método adecuado para resolver conflictos como el presente cuando están en juego principios y derechos fundamentales y, en este caso, la difícil ponderación de estos intereses que, como reconoce la sentencia, suponen la búsqueda de un punto de equilibrio que es difícil de encontrar entre los artículos 27.2 y 27.3 de la CE, concluye mayoritariamente haciendo prevalecer el artículo 27.2 de la CE -respeto a los principios democráticos de convivencia- frente a la tesis minoritaria que suscribo, de hacer prevalente (lo que la Declaración Universal de Derechos Humanos califica de "preferente") el derecho de los padres a determinar la formación moral de los hijos, pues la vulneración de los artículos 16.1 y 27.3 de la CE es citada, reiteradamente, como infringida.

Voto particular que formula el magistrado Don **Manuel Campos Sánchez -Bordona** a las sentencias de fecha 11 de febrero de 2009, dictadas en los recursos de casación 905, 948, 949 y 1013 de 2008:

Primero.- En lo que se refiere a la objeción de conciencia, la tesis mayoritaria (fundamentos jurídicos octavo y noveno de la sentencia) concluye que no cabe en este caso. Sin llegar a afirmarlo de modo expreso -pues en cierto modo admite en el inciso

final del fundamento jurídico octavo la posibilidad contraria- parece partir de la premisa sostenida por las Administraciones recurrentes y el Ministerio Fiscal, esto es, que la objeción de conciencia sólo es viable en nuestro Derecho cuando previamente haya sido admitida como tal por el legislador.

El primer -y aún no superado ni resuelto- debate sobre el enfrentamiento entre los dictados del poder público y los imperativos de la conciencia personal se escribió hace ya 2400 años y desde entonces ha sido un "leitmotiv en la filosofía, la teoría política, la teoría jurídica, la ética y la poesía de Occidente" (Steiner). La respuesta de Antígona a Creonte, que Sófocles refleja en los versos 450 y siguientes de su tragedia, pone de relieve cómo frente a la pretensión de sujeción incondicionada a la ley que regía la polis se alza la convicción personal que opone a su cumplimiento serios motivos de conciencia, inspirados para Antígona en las "leyes no escritas" a las que ella apelaba.

La tensión entre la conciencia individual y la ley del Estado no ha dejado, pues, de estar presente desde que los clásicos griegos marcaron para la posteridad cuáles eran los desafíos intelectuales y éticos a los que se enfrentaba la humanidad. Ecos de aquel debate se han sucedido en todas las épocas históricas posteriores y siguen llegando hasta nuestros días.

La presencia -o su negación- de la objeción de conciencia en los ordenamientos jurídicos contemporáneos presenta, a mi juicio, muchas más dificultades que las meramente derivadas de comprobar si el legislador ordinario la acepta, la rechaza o guarda silencio sobre ella. Dificultades que se acrecientan cuando nuestras sociedades se hacen progresivamente más heterogéneas, plurales y multiculturales. No resuelve el problema sólo verificar hasta qué punto la objeción se ha incluido en una determinada ley ya dada. Si con acierto se ha podido afirmar que los derechos fundamentales no son "creados por la Constitución, en cuanto su contenido es anterior a ésta" (aunque sea el poder constituyente quien los positiviza en un texto), como también viene a admitir la sentencia mayoritaria, algo análogo habrá de afirmarse con la objeción de conciencia, incluso si se admitiera que no ostenta la condición de derecho fundamental.

De entrada admito que no puede aceptarse, con carácter general e indeterminado, que los individuos tengan el derecho a incumplir cualquier deber legal bajo el pretexto o el motivo de que va en contra de sus propias creencias o

convicciones. No considero, pues, que exista un derecho abstracto e incondicionado a basar en la objeción de conciencia el incumplimiento de los deberes que la ley impone.

Ahora bien, el reconocimiento de que existe un ámbito garantizado de libertad de conciencia, protegido en todos los ordenamientos jurídicos que se precien de serlo, conduce necesariamente -a mi juicio- a que la invocación de las razones de conciencia (si están revestidas de las condiciones de "seriedad" exigibles) deba ser examinada desde el prisma del Derecho cuando se hayan de enjuiciar decisiones personales que, sobre la base aquella libertad, pretendan incumplir algún deber impuesto por la ley.

Corresponde al poder constituyente, en primer lugar, seleccionar positivamente en qué hipótesis determinados imperativos de conciencia pueden aducirse como válidos para la exención del correlativo deber: así lo hizo el constituyente español en el artículo 30 de la Constitución al referirse al servicio militar obligatorio. El hecho de que la Constitución haya previsto tan sólo esta modalidad de objeción (al margen de la cláusula de conciencia del artículo 20) no impide, obviamente, que el poder constituido, esto es, el legislador ordinario, admita y regule otros supuestos de objeción. Los partidarios de que sólo cabe objetar mediante la previa interposición del legislador no dudan en admitirlo así.

Si el silencio del constituyente no obsta a que el legislador acepte la objeción de conciencia frente a deberes que él mismo impone, ¿el silencio del legislador ordinario excluye siempre y en todo caso el reconocimiento judicial de aquélla? Esta es la pregunta clave cuya respuesta entiendo que no puede ser afirmativa en términos absolutos. De hecho, como seguidamente expondré, no lo ha sido en nuestra reciente historia constitucional ni en la de otros países cuyos tribunales supremos han reconocido que les corresponde en último término ponderar si, ante una situación dada, es "legítimo" el incumplimiento del deber objetado, también cuando éste se presenta como jurídicamente válido.

La sentencia constitucional 53/1985 (sobre la base de lo que ya había anticipado la número 15/1982) reconoció una modalidad de objeción de conciencia -la del personal sanitario- que no estaba incluida en la ley sobre cuya constitucionalidad se pronunciaba. Podemos ciertamente tratar de minimizar este reconocimiento apelando a las características singulares de los derechos que entonces estaban en juego pero ese intento no logra desvirtuar lo que era razón de decidir de la sentencia sobre este punto: que el silencio de la ley no impedía el reconocimiento jurisdiccional,

previa la debida ponderación de intereses, de una determinada modalidad de objeción de conciencia ayuna de explícita cobertura legal, esto es, con el solo título de legitimidad que le proporciona el artículo 16 de la Constitución. Y todo ello frente a una ley cuya constitucionalidad se declaraba.

Es cierto que parte de la doctrina sentada por las ulteriores sentencias constitucionales 160 y 161/1987 -a las que no se refiere la sentencia mayoritaria, pese a que han sido reiteradamente invocadas por los recurrentes en casación- puede interpretarse en la línea de que sólo el explícito reconocimiento legislativo permitiría el ejercicio singular de la objeción de conciencia. Desde esta perspectiva únicamente el legislador ordinario (es decir, las mayorías parlamentarias en cada caso) estaría capacitado para ponderar y decidir si los motivos de conciencia pueden justificar la exención del cumplimiento de un deber legal. Ahora bien, aquellas sentencias no han llegado a considerar superada la tesis plasmada en la sentencia constitucional 53/1985 (y en la 154/2002) ni creo que a partir de ellas pueda afirmarse que la admisión extralegislativa de la objeción de conciencia reconocida en 1985 deba estimarse errónea o sobrepasada.

Y es que la función jurisdiccional, precisamente porque está volcada a la resolución de conflictos singulares a partir de parámetros normativos que no se agotan en la ley (la propia Constitución hablará de la sujeción al "ordenamiento jurídico" como categoría más amplia), es también uno de los ámbitos de decisión adecuados para determinar en cada caso -siempre que no haya un explícito rechazo de la ley a su admisión, contra el que sólo cabría la cuestión de inconstitucionalidad- si, a título excepcional y con las garantías debidas, el conflicto entre los motivos de conciencia y los deberes públicos objetados puede resolverse en un sentido o en otro.

Tengo el mayor respeto por la tesis que reputa "peligrosa" esta concepción de la función jurisdiccional y sostiene que su admisión equivaldría a abrir una espiral que debilitaría, se dice, el imperio de la ley como base de nuestros sistemas democráticos. Sus partidarios tienen serias razones para sostener que en todo caso debe prevalecer la pretensión general de obligatoriedad de las leyes o, como afirma la sentencia, "el mandato incondicionado de obediencia al derecho" establecido en el artículo 9.1 de la Constitución. Pero considero, sin embargo, que la fortaleza del Estado no se resiente sino que se puede incluso acrecentar con el reconocimiento de espacios de disensión basados en imperativos serios de conciencia si aquel reconocimiento permite, sin perjuicio para terceros, que bien un individuo singular, un grupo social o una parte

significativa de la sociedad no se vean compelidos a obrar contra sus convicciones más íntimas en cumplimiento de determinados deberes impuestos por vía parlamentaria o por vía reglamentaria.

A quién corresponda este juicio dependerá del rango de la norma que imponga o desarrolle el deber. Cuando se trate de un texto emanado del poder legislativo, el monopolio de rechazo que ostenta el Tribunal Constitucional hará que sólo él pueda declarar la inconstitucionalidad de la ley (si considera que así procede) o decidir que su aplicación debe dejar abierto el derecho a la objeción (como sucedió en la sentencia 53/1985, ya citada). Si, por el contrario, la objeción no se plantea frente a la Ley sino frente a un deber impuesto tal como resulta de determinadas disposiciones reglamentarias, aquella misma doble opción corresponde a los órganos jurisdiccionales comunes y, en último término, a esta Sala del Tribunal Supremo.

Y no cabe, a mi juicio, equiparar siempre y en todo caso la figura de la objeción de conciencia con la pretensión de que el deber objetado sea inconstitucional. En algunos casos podrán, efectivamente, parificarse ambas figuras. Pero existen también objeciones (denominadas "genuinas" por algún sector doctrinal) dirigidas frente a mandatos legales o reglamentarios de suyo conformes con la propia Constitución: el ejemplo de la objeción frente al servicio militar es paradigmático en este sentido. Creo que en el planteamiento mayoritario sobre este punto hay un cierto razonamiento circular o, cuando menos, paradójico: sólo cabría objetar frente a deberes jurídicos que emanen de una norma válida, esto es, "que no vulnera ninguna otra de rango superior", afirma el fundamento jurídico cuarto de la sentencia. Pero, una vez que la mayoría del Pleno, tras el examen -en los recursos de casación 948, 949 y 1013 de 2008- de los Decretos que imponen el deber de cursar la asignatura con arreglo a unas específicas pautas, los considera válidos, su mera constatación o declaración de validez lleva al Pleno directamente a negar el derecho a la objeción.

Por mi parte estimo que la garantía judicial respecto de quien plantee el ejercicio de esta categoría de objeciones, tanto si se oponen a deberes en sí mismos válidos como si no, determinará que el juez haya de valorar en todo caso la eventual colisión entre el deber impuesto y la apelación a la conciencia individual, juicio que no necesariamente dará razón a quien invoque esta última pues, en efecto, cuando de límites se trata la ponderación de unos y otros no tendrá siempre una solución unívoca. No creo, por el contrario, que el paso previo y obligado a la alegación de razones de conciencia para objetar el cumplimiento de un deber público sea

ineludiblemente la previa acción procesal dirigida a impugnar, con efectos *erga omnes*, la disposición general de la que aquél haya emanado.

Insisto en que la admisión de esta posibilidad de reconocimiento judicial de la objeción, sin previo soporte legal, no necesariamente conduce a los resultados demoledores que algunos vaticinan. De hecho, en ciertos ordenamientos jurídicos que ninguno calificaríamos de débiles o amenazados de destrucción por este motivo, se admite con naturalidad que los tribunales reconozcan -en determinados supuestos y con las adecuadas cautelas- espacios de exención singular, basados en razones de conciencia, frente a deberes jurídicos generales, también cuando las leyes que imponen estos deberes no han previsto cláusulas de objeción o exención. El papel protagonista de los tribunales en estos casos, como poderes estatales idóneos para realizar en cada caso el juicio de ponderación que resuelva el conflicto, coexiste, pues, con la posibilidad indiscutida de que el legislador adopte o rechace por sí mismo aquellas cláusulas.

En este sentido creo que ha de leerse el inciso final del fundamento jurídico octavo de la sentencia a través del cual el Pleno no duda en admitir a título excepcional que de la propia Constitución pueda surgir -y corresponderá, añadido por mi parte, a los tribunales declararlo, sin perjuicio de la competencia final del Tribunal Constitucional- el derecho a ser eximido del cumplimiento de deberes jurídicos válidos. Posibilidad que, sin embargo, la mayoría del Pleno no aplica al supuesto de autos porque, a su juicio, en él no se percibe con "absoluta nitidez" el conflicto o "contraposición radical" entre la conciencia del objetor y el deber objetado. Coincidiendo en la premisa no comparto la conclusión pues, como acto seguido expondré, los recurrentes tenían sólidas razones para afirmar que sí se daba aquel conflicto y el soporte para plantearlo se encuentra en el propio artículo 27.3 de la Constitución.

No quiero dejar de referirme a la incidencia que sobre esta cuestión pueda tener la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien con dos matices importantes que por ahora relativizan cualquier consecuencia jurídica, en un sentido o en otro, que de ella se quiera extraer. La Carta no tiene en estos momentos carácter jurídico vinculante y, con prudencia, la tesis mayoritaria no llega a afirmar (se limita a admitirlo como probable) que su mención en la Ley Orgánica 1/2008 se lo confiera, ni siquiera a título interpretativo: sentar lo contrario significaría seguramente reconocer de modo unilateral que en España la entrada en vigor efectiva de parte del

Tratado de Lisboa ya se ha producido. Por lo demás, justamente sostiene la mayoría de la Sala, en afirmación con la que coincido, que si finalmente llegara a tener aquel efecto jurídico vinculante, la Carta sólo se impondría al derecho interno de los Estados en la medida en que éstos "apliquen el Derecho de la Unión" (artículo 51), no en los demás supuestos.

Dicho lo cual, no es ocioso añadir -y en ello sí discrepo de la tesis mayoritaria- que la Carta "reconoce" por sí misma en su artículo 10.2 el derecho a la objeción de conciencia, si bien remite su ejercicio a las leyes nacionales que lo regulen. Si su única virtualidad fuera la de dejar constancia de que ya existen leyes nacionales -o que pueden existir- que regulan supuestos de objeción de conciencia en algunos de los Estados miembros de la Unión Europea, nada añadiría a la situación existente y probablemente se convertiría en un norma superflua.

En cualquier caso, repito, no considero que, dada la actual situación normativa, la Carta pueda ser invocada de modo útil a los estrictos efectos jurídicos que aquí importan, aunque sí a otros meramente expositivos de una línea de tendencia que innegablemente deberá ser aclarada si el proceso de ratificación plena del Tratado de Lisboa llega a buen término. Con el añadido de que la Carta extiende (artículo 14.3) el derecho de los padres a que la enseñanza de sus hijos se imparta conforme a sus propias convicciones no sólo a las religiosas y filosóficas sino incluso a las "pedagógicas", lo que no deja de suscitar interrogantes que ahora no es del caso resolver.

En fin, centrándonos en el específico campo educativo, la utilización de los criterios hermenéuticos del artículo 10.2 de la Constitución conduce a sostener que la inexistencia en las leyes educativas nacionales del reconocimiento expreso del derecho de los padres a obtener, por motivos de conciencia, la dispensa o exención para sus hijos de determinadas asignaturas no impide que los tribunales europeos -y, obviamente entre ellos los españoles- reconozcan tal derecho por la sola vía jurisdiccional.

Podremos discrepar sobre si se dan en el caso que ahora enjuiciamos las mismas circunstancias que determinaron la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de junio de 2007 (Folgero y otros contra Noruega) pero lo cierto es que en ella, sobre la sola base del artículo del Convenio de Roma análogo a nuestro 27.3 de la Constitución, se llegó a reconocer el derecho de

los padres a que sus hijos fueran eximidos totalmente de la asignatura correspondiente, reconociendo incluso el Tribunal de Estrasburgo que la exención parcial que la Ley noruega admitía no era suficiente para garantizar aquel derecho. Si esta conclusión se ha obtenido respecto de deberes educativos basados en leyes nacionales que por sí mismas reconocían un cierto margen, parcial, de disenso de los padres, con más razón podrá aplicarse cuando la imposición como obligatoria lo es de una asignatura cuyo contenido viene reglamentariamente prefijado sin resquicio alguno para su dispensa.

A los efectos que ahora interesan me parece irrelevante que las normas nacionales sobre las que versaba el derecho a la dispensa analizado en aquella sentencia (y en la anterior de 20 de junio de 2007, Hasan Zengin contra Turquía) se refirieran a asignaturas de contenido predominantemente religioso. De hecho, la materia controvertida en el caso noruego era la relativa al "conocimiento cristiano y educación religiosa y moral"; y en el caso turco, "cultura religiosa y conocimiento moral". Dado que el artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio parifica la protección de las convicciones religiosas con las filosóficas, a los efectos de garantizar a los padres que sus hijos no recibirán una formación que atente a unas o a otras, la lectura de ambas sentencias como sólo aplicables a supuestos de enseñanza religiosa (en la línea del fundamento jurídico noveno de la sentencia mayoritaria) reduce injustificadamente su virtualidad. Y en la primera de aquellas sentencias puede leerse, por lo demás, cómo el Comité de Derechos Humanos de la ONU llegó a la conclusión de que en el caso noruego se ponía en cuestión el artículo 18.4 del Pacto Internacional de 1966 sobre los derechos civiles y políticos en virtud del cual los Estados se comprometen a respetar la libertad de los padres para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Voto particular que formula el magistrado Don **Jesús Ernesto Peces Morate** a las sentencias de fecha 11 de febrero de 2009, dictadas en los recursos de casación 905, 948, 949 y 1013 de 2008:

SSEXTO: Dedicar la sentencia los fundamentos jurídicos séptimo y octavo a disertar sobre el derecho a la objeción de conciencia, a pesar de que en el noveno reconoce que no es ésta la cuestión que subyace en el litigio, por más que los padres hayan así denominado la petición que dirigieron a la Administración autonómica para

que su hija quedase dispensada de estudiar las asignaturas de *educación para la ciudadanía*.

Evidentemente, lo que está en cuestión es la tutela que los padres demandan de su derecho a impartir educación moral a su hija de acuerdo con sus propias convicciones.

Es un axioma que las cosas no se desnaturalizan porque se las designe o denomine con distintos nombres. Lo significados son lo que son, aunque se usen diferentes significantes, y si ello puede conducir a equívocos, una vez clarificado, hay que analizar la esencia de las cuestiones o problemas, razón por la que la Sala, en una decisión que comparto, ha rechazado la inadecuación del procedimiento que invocan las representaciones procesales de las Administraciones demandadas, pues, como se afirma categóricamente en la sentencia, los derechos cuya tutela se pide son los reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

Sin embargo, como la Sala lo aborda en los referidos fundamentos jurídicos y, aunque no define claramente su postura, contiene algunas afirmaciones que no suscribo, el pie forzado, que apunté como metodología de este voto particular, me lleva a expresar mi parecer al respecto.

El hecho de que la objeción de conciencia sólo se mencione por su nombre en el artículo 30.2 de la Constitución española no implica que ésta no admita con carácter general tal derecho, como lo evidencia que el Tribunal Constitucional lo ha reconocido para supuestos que en la Constitución no se contemplan expresamente ni habían sido definidos por el legislador ordinario.

En el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pendiente su vigencia de la ratificación del Tratado de Lisboa, «se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio», lo que no presupone, en contra de lo que se sostiene en la sentencia, que se condicione tal derecho a la *interpositio legislatoris*, sino que se consagra la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia y lo que se deja en manos de los legisladores nacionales no es *su reconocimiento* sino la regulación de la forma en que deberá ejercerse.

En definitiva, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia ha estado en manos de los jueces y tribunales, que han examinado en cada caso si se podía o no derivar del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, conciencia o religión, recurriendo para solucionar el conflicto a un ejercicio de ponderación, como fueron los casos *Shebert v. Verner (1963)*, *Wisconsin v. Yoder (1972)* y *Gonzales, Attorney General, et al., Petitioners v. O Centro Espirita Beneficent Uniao do Vegetari et al. (2006)*, resueltos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y el caso *Sepe (FC) and Another (FC) v. Secretary of State for the Home Department (2003)*, en que el Tribunal de la Cámara de los Lores en el Reino Unido se pronunció con carácter general sobre la objeción de conciencia frente al servicio militar, o en la sentencia de 1989 de la High Court of Justice (Queen's Bench Division) en el caso *R.v. Crown Court at Guildford, ex parte Siderfin*, en que se enjuició la objeción planteada por una mujer perteneciente a una religión cristiana minoritaria frente a la obligación de formar parte de un jurado.

Voto particular que formula el magistrado Don **José Manuel Sieira Míguez** a las sentencias de fecha 11 de febrero de 2009, dictadas en los recursos de casación 905, 948, 949 y 1013 de 2008:

PRIMERO.- Conforme como estoy con el contenido final del fallo de la sentencia mayoritaria en cuanto desestima el recurso contencioso interpuesto, ya que coincide con la tesis que se mantiene en los fundamentos jurídicos noveno y siguientes de la misma, formulo el presente voto particular al único fin de dejar constancia de mi discrepancia con el contenido de los fundamentos jurídicos séptimo y octavo, en cuanto de los mismos puede concluirse que la tesis que la sentencia mayoritaria sostiene es que sólo existe derecho de objeción de conciencia en el supuesto del artículo 30.2 de la Constitución y en el del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado, tal y como se afirma literalmente en el párrafo tercero del fundamento séptimo de la sentencia a que se refiere este voto particular, así como en aquellos casos en que el legislador ordinario reconozca la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos (fundamento séptimo párrafo 4º).

Utiliza la sentencia de la que discrepo fundamentalmente dos argumentos para sostener que no existe derecho a la objeción de conciencia más allá de los términos expuestos. De acuerdo con el primero el artículo 30.2 no tendría sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del

artículo 16 de la Constitución; pero una cosa es admitir que no existe un derecho a la objeción de conciencia general e ilimitado y otra muy distinta concluir que el artículo 30.2 de la Constitución nos lleva a entender que tal derecho solo se da en el caso del citado precepto constitucional y en los supuestos despenalizados de aborto.

El hecho de que el derecho a la objeción de conciencia encuentre sus límites en la noción de orden público, no supone, en absoluto, la imposibilidad de su reconocimiento más allá de los estrechos límites que establece la sentencia mayoritaria en su fundamento séptimo; así lo demuestra el hecho de que nuestro Tribunal Constitucional lo haya admitido, aun siendo conscientes de que no siempre ha mantenido una postura clara y unívoca, y no sólo, como se afirma inicialmente en el fundamento séptimo de la sentencia, en los supuestos de aborto que han sido despenalizados, sino también en aquellos a que la propia sentencia hace referencia más adelante y en otros que no cita, tales como los de las sentencias 19/85, 120/90 y la 137/90, en las que se declara que la libertad religiosa incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y a mantenerlas frente a terceros.

No estoy afirmando que estas sentencias sean directamente aplicables al caso que nos ocupa ni que este verse sobre un tema de libertad religiosa, lo que sostengo es que el argumento de la sentencia mayoritaria a que me estoy refiriendo no compagina bien con la doctrina del Tribunal Constitucional por más que ésta no haya sido uniforme y constante.

El segundo argumento que se utiliza en la sentencia mayoritaria, en el fundamento séptimo a que me estoy refiriendo, es el del mandato contenido en el artículo 9.1 de la Constitución en cuanto dispone que "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" , de donde aquella concluye que éste es un mandato incondicionado de obediencia al derecho y que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de carácter general supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

El argumento, en mi opinión, falla desde el momento en que el derecho a la objeción de conciencia, con los límites antes dichos que vienen impuestos por la noción del orden público (la paz, el orden, los derechos de los demás, la seguridad, la moral pública, la salud, etc), también forma parte del ordenamiento jurídico y por

tanto también debe ser respetado por imperativo del artículo 9.1 de la Constitución que se invoca.

Creo por último que en el fundamento jurídico séptimo a que me estoy refiriendo, y del que discrepo, se incurre en una cierta precipitación al concluir que la negación de un derecho a la objeción de conciencia general e ilimitado lleva a afirmar, como se hace, que sólo existe ese derecho en el caso del artículo 30.2 de la Constitución y los casos del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado y desde luego (sic) en aquellos que el legislador ordinario lo reconozca, sin que por tanto quepa reconocer ese derecho por vía jurisdiccional como instrumento apto por la defensa de un derecho fundamental.

En efecto la sentencia mayoritaria en el fundamento octavo, que se refiere inicialmente a la cuestión de si podría existir un derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo para concluir con una respuesta negativa, incluye, pese hasta lo entonces afirmado, un párrafo en el que dice : "Es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido". Con este párrafo puede interpretarse que se quiere dejar abierta la puerta a la tesis de que es posible el reconocimiento de tal derecho en vía jurisdiccional al amparo del artículo 16 de la Constitución, pero si es así no me parece coherente con la afirmación que se contiene en el fundamento séptimo que parece llevar a la conclusión contraria. Una afirmación de tal naturaleza resultaría más compatible con la tesis de que al amparo del artículo 16 de la Constitución cabe reconocer el derecho a la objeción de conciencia fuera del supuesto del artículo 30.2 de la Constitución y sin necesidad de una interpositio legislatoris, por más que para ese reconocimiento se requiera la concurrencia de determinados requisitos: una adecuada ponderación de intereses; la comprobación de la veracidad y seriedad de las razones alegadas; y se establezcan criterios a tener en cuenta para el reconocimiento de ese derecho, entre los que podrían figurar el de si la conducta ordenada es contraria a criterios morales básicos en las creencias del objetor; si el objetor se basa en principios morales básicos por la comunidad religiosa o de creencias en que se integra, o, sí, como en el caso del aborto, además del derecho a la libertad religiosa, la conducta ordenada y de la que se demanda la exención, afecta a algún otro derecho fundamental propio del objetor o de terceros.

De lo hasta aquí dicho es claro mi posicionamiento en favor de la tesis que sostiene que, si bien el derecho a la objeción de conciencia no es ilimitado, no cabe excluir su reconocimiento en vía jurisdiccional, por cuanto del artículo 16 de la Constitución no sólo se deriva la libertad de pensar y exponer públicamente las propias ideas, sino que también incluye, como ha afirmado en ocasiones el Tribunal Constitucional, una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. La tesis contraria supone reducir el artículo 16 de la Constitución a la libertad de pensamiento y de expresión y de difusión de las propias ideas vaciándolo de contenido específico.

En efecto el precepto reconoce la libertad ideológica y de creación, conocida con el título genérico de libertad de pensamiento. Esa libertad es el fundamento para el reconocimiento de otras libertades expresadas en la parte dogmática de la Constitución como son la libertad de expresión, de difusión de las propias ideas, de información, la libertad de cátedra a que se refiere el artículo 20; pero este precepto no se agota en estos contenidos sino que va más allá y reconoce expresamente la libertad religiosa, cuyo alcance habrá de determinarse poniéndolo en relación con el artículo 27.3 sin que pueda quedar reducido simplemente a la libertad de pensamiento y de difusión de las propias ideas.

Por último, en relación con las tesis que se mantiene en el fundamento jurídico de la sentencia a que me vengo refiriendo, creo necesario resaltar que el argumento de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulan su ejercicio sólo en los supuestos en que se aplique Derecho de la Unión Europea, no cabe utilizarlo para negar la existencia de este derecho en nuestro ordenamiento más allá de los límites que afirma la sentencia mayoritaria; al contrario, con tal mandato de la Carta Europea se justifica una interpretación del artículo 16 de la Constitución en el sentido que se mantiene en este voto.

SEGUNDO.- El segundo punto de mi discrepancia con la sentencia mayoritaria se refiere a su fundamento octavo en cuanto en el mismo se sostiene que no existe un derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, pese a lo cual se incluye un párrafo, que cierra el razonamiento general en este punto, en el que se afirma, como antes ya dijimos, que "Para concluir, es importante aclarar que esta Sala

no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido", párrafo de contenido ciertamente ambiguo por cuanto no sólo nada aporta sobre cuales podrían ser esas circunstancias excepcionales, sino que tampoco deja claro si esa posibilidad cabe también en el ámbito educativo, lo que hasta entonces se niega en la sentencia, sin que pueda tampoco dejar de resaltarse que, tras el establecimiento de las tesis que se plasman en el fundamento jurídico séptimo, plantearse a continuación la posibilidad de si existe o no un derecho de objeción de conciencia en el ámbito educativo no deja de suponer una cierta contradicción.

La sentencia mayoritaria da principio a su razonamiento, que le lleva a negar el derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, con la cita de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciadas una en el caso Folgero y otros contra Noruega, de fecha 29 de junio de 2007, y otra recaída en el caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, de 9 de octubre de 2007, en las que se aborda el problema de la enseñanza que afecta a temas religiosos, si bien dentro de materias escolares obligatorias de carácter cultural. El Tribunal consideró que el deber absoluto de cursar las asignaturas en cuestión, sin posibilidad de dispensa a causa de las propias creencias, vulneraba el artículo 9 del Convenio de Derecho Humanos.

La sentencia mayoritaria sostiene que estas dos sentencias no son de utilidad en el presente caso por dos razones: una, que trata de la enseñanza de una religión determinada y, otra, que dichas sentencias "no imponen, en rigor, una obligación al Estado de reconocer un derecho a la objeción de conciencia frente a asignaturas religiosas, sino que se limitan a decir que este tipo de asignaturas --propias de Estados confesionales-- que, en realidad, están exponiendo un determinado credo religioso sólo es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos en la medida en que se reconozca la posibilidad de dispensa".

No comparto los argumentos expuestos, por cuanto en el caso que nos ocupa la parte recurrente también sostiene que a través de la asignatura que se cuestiona se trata de adoctrinar a los alumnos sobre aspectos que resultan contrarios a sus creencias y convicciones religiosas. No se trata en efecto de una asignatura de religión, y en España, es cierto, la asignatura de Religión tiene carácter optativo, pero la propia sentencia mayoritaria admite que en aquellos supuestos tampoco estamos ante una asignatura específica de religión sino que de lo que se trataba era de que "dentro de materias escolares obligatorias de carácter cultural" se abordaba el

problema de la enseñanza de la religión; es decir, las citadas materias contenía posicionamientos que implicaban, según el Tribunal, adoctrinamiento en temas religiosos, so pretexto, en un caso, del estudio de "el cristianismo, la religión y la filosofía" y de "cultura religiosa y conocimiento moral" en el otro.

Pues bien, ajustado o no a la realidad de los hechos, lo cierto es que la parte recurrente en el caso que nos ocupa sostiene igualmente que en el ámbito de la asignatura de Educación para la Ciudadanía se incluyen contenidos adoctrinantes sobre cuestiones morales, éticas y religiosas, contenidos que afectan a sus principios y creencias en la materia. Por tanto entiendo que, planteada así la cuestión la citadas sentencias sí resultan útiles en el caso que ahora nos ocupa.

El segundo argumento de la sentencia mayoritaria para no tener en consideración las citadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que éstas, se dice, no imponen un deber del Estado de reconocer un derecho a la objeción de conciencia frente a las referidas asignaturas, sino que se limitan a afirmar que este tipo de asignaturas sólo es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos en la medida en que se reconoce la posibilidad de dispensa y el no reconocerla es contrario al artículo 9 del Convenio.

A ello puede oponerse que si, como la propia sentencia mayoritaria admite en el fundamento octavo, el derecho de objeción de conciencia en el ámbito educativo consiste en el derecho de ser eximido de cursar una materia del currículo escolar que provoca repulsa por razones religiosas e ideológicas, -y así resulta del párrafo que afirma que el artículo 27.3 "permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensa o exenciones" y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que el no admitir la posibilidad de dispensa a cursar asignaturas que tengan esos contenidos adoctrinantes viola el artículo 9.2 del Convenio-, forzoso es reconocer que lo que se está admitiendo es que el derecho a la obtención de esa dispensa es la forma en que se concreta el derecho a la objeción de conciencia en materia educativa.

Continúa su argumentación la sentencia mayoritaria sosteniendo que el artículo 27.3 de la Constitución solo reconoce el derecho a elegir la educación religiosa y moral de los hijos, "no sobre materias ajenas a la religión y la moral" y que, "en la

medida en que Educación para la Ciudadanía aborda temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, ... no resulta aplicable el artículo 27.3"; pero ello no obsta, como la propia sentencia mayoritaria admite y no podía ser de otra manera vista la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a que tal derecho sí alcance a los contenidos de la asignatura que incidan en aspectos morales y religiosos; por tanto, de existir esos contenidos y ser adoctrinantes estaríamos en el supuesto examinado en las sentencias antes citadas del Tribunal Europeo, y si, como afirma la sentencia mayoritaria, los padres no tienen un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza por el Estado, concluir que sólo pueden pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura, es decir que se alteren los contenidos de la misma y no la exención al deber de cursarla, resulta no sólo contradictorio, ya que la anulación implicaría la modificación de dichos planes, sino que además lesionaría el derecho a recibir tales enseñanzas por aquellos para los que su contenido no resulte contrario a las propias creencias morales o religiosas.