

Ciudadanos jurados y objeción de conciencia

Salvador VILATA MENADAS

1. UNA BREVE INTRODUCCION

El hecho de que el moderno concepto de la institución del Jurado se haya venido desarrollando en determinadas culturas como una consecuencia directa de la aparición de nuevas formas de entendimiento de las relaciones sociales, ha influido notablemente en su conformación. Desde los inicios se ha vinculado su surgimiento y desarrollo ulterior a unos determinados parámetros ideológico-políticos. Esta cuestión, unida al hecho de que en algunos países, como por ejemplo el nuestro, la introducción en el sistema de enjuiciamiento de la época del Tribunal del Jurado, chocaba frontalmente con los principios clásicos en los que aquél se sustentaba, conllevaba una carga política que hacía girar el debate más sobre el contenido ideológico-político en que se basaba, que sobre los aspectos más propiamente doctrinales o jurídicos.

El Tribunal del Jurado supone, en este sentido, una cristalización en el sistema de enjuiciamiento de una serie de postulados y principios de carácter político-ideológico, que irrumpieron con fuerza a nivel continental a partir de la Revolución burguesa en Francia y que hoy día constituyen el sustrato básico de los modernos Estados Democráticos de Derecho. Estos principios, que inciden de forma notoria y decisiva en el sistema constituido de convivencia y organización de la sociedad, al suponer el fundamento de la institución que nos ocupa, determinan que la misma aparezca condicionada en cuanto a su virtualidad por la suerte que corren aquéllos, de tal modo que en los momentos en que se produce una regresión en la aceptación, el Tribunal experimenta, asimismo, bien una disminución de sus competencias, bien la suspensión de sus funciones, e incluso, en último extremo, su supresión legislativa, en tanto que, por contra, alcanza su máximo desarrollo cuando la aceptación y vigencia de esos principios resulta indiscutida y plenamente aceptada por la conciencia social imperante.

Como dice Davó Escrivá¹ es ese el motivo que determina que el parámetro de estudio de la Institución no deba ser unidireccional, a saber, puramente técnico o jurdica, sino que antes al contrario, debe partirse de uno de los componentes esenciales de la institución, matiz extrajurídico, cual supone la aplicación del principio de soberanía y participación ciudadana en uno de los Poderes del Estado, habiendo llegado algunos autores a sostener muy gráficamente (Alcalá Zamora, Niceto²) que "el tema del Jurado estaría fallado y condenado definitivamente

si no se le hubiere convertido en materia de debate político".

Ello no obstante, resulta necesario no perder de vista la consideración de que detrás de las argumentaciones puramente técnicas o jurdicas, existen igualmente evidentes y muy claras tomas de posición desde el punto de vista ideológico. En definitiva, el debate se plantea en torno a dilucidar si los propios ciudadanos, en cuanto tales, tienen el legítimo derecho a participar en la Administración de Justicia, con lo que se reproduce en sus propios términos el tenor de los debates que ya fueron sostenidos en épocas pretéritas en que alumbró la Institución y se pone de manifiesto por demás la íntima conexión entre *derecho* y *política*, que como dijo Barcellona "no pueden separarse en la consideración de nadie, puesto que son lo mismo, la forma y la sustancia de un único proceso real de desenvolvimiento de la sociedad"³.

Pues bien, estableciendo que se reside en el colectivo social el derecho de participación por medio de la institución del Jurado, procede analizar cuál sea el fundamento de la exigencia de prestación personal que se haga recaer sobre los concretos ciudadanos llamados a integrar, en cada caso, el colegio de jurados, o dicho con otras palabras, la justificación de un deber normativo concretado en tal. El supuesto que nos ocupa corresponde a la categoría de los derechos-deberes o derechos-función, en los que están en juego, como escribe Peces-Barba, bienes o intereses de tal importancia que es dable que el Estado pueda imponer deberes para todos los ciudadanos al mismo tiempo que les reconoce facultades. Encontraría su razón de ser en razones de organización del Estado para subvenir en la satisfacción de necesidades o para la realización de funciones públicas, y que por su importancia son recogidos en la Constitución o en leyes que encuentran su fundamento en una norma de producción recogida en la Constitución, y tal es la norma que manda al legislador establecer una Ley de Jurado, en la que se recoge el deber de participar como jurado, si se cumplen los requisitos estatuidos por la misma ley⁴. Y precisamente, llegados a este punto, se estaría en disposición de entrar a considerar la posibilidad de que el concreto sujeto llamado a integrar un jurado, pudiese pretender excusarse de formar parte del mismo, eximiéndose de dar cumplimiento al deber positivo general que en él se concreta, aduciendo razones de conciencia. Bien entendido, como dice De Lucas⁵ que, en principio, hablamos de

³ Barcellona, P. y Cotturn, G. *El Estado y los Juristas*, Ed. Anel, Barcelona, pag 154.

⁴ Peces Barba Martínez, G. *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pag. 368.

⁵ De Lucas Martín, F. Javier. *Conciencia y Ley penal*, en *Vinculación del juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

¹ Davó Escrivá, Francisco, *El Tribunal del Jurado* Editorial Colex, Madrid 1988, pag. 44. Cfr Gómez de Liaño González, F. *El proceso penal ante el tribunal del jurado*. Ed. Forum, Oviedo, 1995, pág. 9.

² Alcalá Zamora, Niceto, *Derecho procesal mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1976, pag 310.

conflicto entre conciencia y ley cuando el incumplimiento de un deber jurídico se basa en la existencia de un dictamen de conciencia que impide observar el comportamiento normativamente prescrito y cuya razón se encuentra en la salvaguarda de la propia e individual integridad moral frente a un imperativo heterónomo; lo que más interesa, pues, en esta tensión, no es tanto la valoración de los principios morales alegados, sino si el hecho mismo de la proyección de la conciencia es valioso en sí y cuáles son sus fronteras, es decir, si existe algo así como una presunción moral de corrección *prima facie* a favor de la actuación por conciencia.

2. DESOBEDIENCIA CIVIL Y OBJECION DE CONCIENCIA

En el marco de las sociedades democráticas, donde se hace patente la capacidad de tolerancia de la colectividad frente a la disidencia como una evidencia de desenvolvimiento en la normalidad, es dable esbozar dos mecanismos principales de desobediencia —que potencialmente se reputa pudiere llegar a estar justificada, y no meramente de hecho— a las normas jurídicas con fundamento en razones morales, a saber: la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Las similitudes entre ambas han planteado problemas en punto a conformar sus respectivos contornos, hasta el punto de que un sector doctrinal (Prieto Sanchís⁶) considera la objeción de conciencia como una modalidad de la desobediencia civil, pero parece que, asumiendo sus coincidencias⁷, se puede trazar la distinción entre una y otra en base al criterio de perseguir como objetivo, o no, la derogación o modificación de la norma.

Se suele denominar objeción de conciencia al supuesto en que una persona, por motivos de conciencia, se niega a cumplir lo establecido en una norma jurídica, porque considera que la obligación jurídica que se le impone está en conflicto con una de las obligaciones morales o religiosas cuyo cumplimiento asume. El objetor de conciencia rechaza la norma sólo en cuanto le afecta personalmente, se limita a sustraerse de su efectividad él mismo, por razones de conciencia, pero no persigue, al menos como objetivo inmediato, su derogación o modificación. Atienza⁸ en este sentido destaca que la conciencia puede primar sobre la ley, o al menos, suspender el desenvolvimiento de la sanción negativa prevista por ésta en caso de incumplimiento, si concurren las siguientes circunstancias:

1. En primer lugar, que se actúe “por imperativo de una conciencia auténtica.

2. La conducta ha de ser universalizable, lo que significa “éticamente coherente”, “supererogatoria”, “no violenta”.

3. No debe cuestionar el ordenamiento jurídico más que en ese punto concreto.

4. Han de darse las circunstancias de estado de necesidad.

El supuesto más destacado de objeción de conciencia es el relativo a la prestación del servicio militar, que se encuentra explícitamente reconocido en nuestra Constitución en el artículo 30-2, al igual que ocurre en la generalidad de los países democráticos⁹. La cuestión controvertida es la relativa a considerar si la objeción de conciencia se reduce, o no, a tal supuesto. Como subrayan De Lucas-Añón-Vidal¹⁰, si se concibe la objeción de conciencia no como una mera excepción al cumplimiento del deber general de prestación del servicio militar, como la configura la Sentencia del Tribunal Constitucional de 160/1987, de 27 de octubre, que rechazó el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra las leyes reguladoras de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, con el argumento expuesto al Fundamento Jurídico tercero de que

“Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su artículo 30-2, protegido, sí, por el recurso de amparo (artículo 53-2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial —aquí su finalidad concreta— consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el artículo 30-2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (artículo 16 CE) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos.

Es justamente su naturaleza excepcional derecho —a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España— lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental ...”

sino como un derecho fundamental derivado del derecho a la libertad ideológica o de conciencia, proclamado por el artículo 16-1 de la Constitución (“se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto

⁶ Prieto Sanchís, L. *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho*, en *Sistema* 59, Madrid, 1984.

⁷ Pueden señalarse como características comunes a una y otra que en ambos casos tiene lugar una transgresión de una o varias normas jurídicas, pero con aceptación del ordenamiento jurídico en su conjunto, dirigiéndose el rechazo, en base a motivos religiosos, morales, de conciencia, o de inteligencia de injusticia, contra una o unas pocas normas determinadas, conformándose cursos de acción no violentos.

⁸ Atienza Rodríguez, M. *Un dilema moral. El caso de los insumisos*, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 25, 1992

⁹ En este sentido, vide *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, VV AA (Peces-Barba, Ed.), Universiad Carlos III-BOE, Madrid, 1993, en particular Prieto Sanchís, *Insumision y libertad de conciencia*, págs. 136-139.

¹⁰ De Lucas Martín, F. Javier, Añón Roig, M^a José, Vidal Gil, Ernesto J. *La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional. Algunas dudas razonables* En *Revista General de Derecho*, núm. 520-521, Valencia, enero-febrero 1988.

de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”), que es como la considera la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior a la citada sentencia (vgr. Sentencia 15/1982, de 23 de abril), no así, desde luego, la posterior a la misma (vgr. Sentencia de 21 de noviembre de 1994), puede pensarse que en España la objeción de conciencia al servicio militar no es la única manifestación de la objeción de conciencia desde el punto de vista constitucional, si bien no comparto la opinión de Gascón¹¹ cuando alude a la existencia de un “derecho general a la objeción de conciencia”, ni siquiera en la inteligencia que de tal expresión la autora citada ofrece para salvar la objeción que le vino planteada por Peces Barba¹², y no obstante la mención que se incorpora en el sentido de que la existencia de un derecho general no supone que deba tolerarse la violación de cualquier deber jurídico, sino sólo una presunción de que la persona que incumple su obligación por motivos de conciencia, se halla protegida por un principio general del ordenamiento.

Ciertamente, en un régimen liberal democrático nunca debería castigarse al objeto de conciencia invocando para ello el mero incumplimiento de una ley, sino que es preciso, además, evaluar el propio fundamento de la norma y comprobar que los fines que persigue deben imponerse, incluso ante la libertad de conciencia individual. Tratase de establecer la premisa básica de que en el marco del Estado de Derecho se conforma una suerte de *status libertatis* básico y originario, de suerte que los deberes jurídicos que se estatuyen en el marco del ordenamiento son limitaciones que se establecen a aquel; y así las cosas, es claro que se altera sustancialmente el punto de vista, pues no se busca la *ratio* de la justificación de la excepción al cumplimiento del deber, sino antes al contrario, es éste el que supone una limitación al régimen genérico de libertades existente *prima facie*. Como dice Gascón, siguiendo a Bobbio, no es lo mismo que la libertad se conciba como la regla básica del sistema, limitada excepcionalmente por mandatos y prohibiciones, a que la regla básica sean los imperativos, abiertos o flexibilizados, en cada caso, por concretas libertades. Comparto la opinión de De Lucas-Añón-Vidal cuando recuerdan que no cabe reconocer constitu-

cionalmente un derecho a la objeción de conciencia con carácter genérico, pues equivaldría a postular jurídicamente la existencia de un derecho genérico a la desobediencia, lo cual supondría tanto como declarar constitucionalmente el carácter no vinculante del Derecho, del ordenamiento jurídico constitucional. Y nótese que respecto de la apuntada portura de Gascón no se trata únicamente de una cuestión puramente semántica, de *nomen*, por cuanto admitiendo coherentemente con el punto de partida adoptado el carácter, desde luego, de *numerus apertus* de los supuestos de objeción de conciencia, la alusión a un “derecho genérico” parece obviar radicalmente el carácter del autor del deber jurídico que se impone como limitación particular en el marco del *status libertatis* general, esto es, del sujeto normativo, y en este sentido, no puede hacerse acreedor a la misma suerte al legislador constituyente que al legislador ordinario que establece limitaciones que, no prohibidas por aquél, suponen limitaciones al catálogo de derechos fundamentales configurados explícitamente, suponiendo inteligencia diversa a la que se expone una exacerbación del cometido atribuido al aplicador del Derecho, de quien en todo se exigiría el juicio de ponderación pertinente, aun cuando las limitaciones derivasen del propio texto constitucional explícitamente.

Pero ello no obsta para admitir otras manifestaciones posibles de la objeción de conciencia, amén de aquélla explícitamente nominada por el artículo 30-2 del texto constitucional, ni para reconocer su posible valor y justificación moral. La libertad de conciencia es el derecho fundamental que sirve de matriz a la objeción, no resultando coherente que se exigiese una regulación específica de la objeción de conciencia, ni sostener que las únicas modalidades legítimas son, por principio, aquéllas que han sido previstas expresamente por el legislador. La objeción de conciencia se concibe como el incumplimiento de un deber jurídico, que procura salvaguardar la propia integridad moral frente a un imperativo heterónomo que se reputa injusto, sin que exista búsqueda o pretensión de genérica adhesión de los demás ciudadanos. El reconocimiento de que la objeción de conciencia descansa y se explica desde la libertad de conciencia, lleva a la conclusión —ahora sí plenamente de acuerdo con Gascón— de que existe una presunción favorable de que quien incumple un deber jurídico por motivos de conciencia, se halla amparado por un derecho fundamental, y sin perjuicio de que ese derecho fundamental haya de ceder luego ante otros derechos o valores más atendibles, justamente ante los derechos o valores tutelados por el deber jurídico incumplido. En suma, se trata de sostener que no puede defenderse, sin más, la procedencia de una pretendida alegación de objeción de conciencia en la generalidad de los supuestos, por más que sí, *ab initio*, debe sostenerse que potencialmente es dable considerar que pudiere resultar viable y admisible tal ante una generalidad, en principio indeterminada pero no necesariamente completa, de supuestos, debiendo analizarse, en estadio posterior, el caso concreto, para concluir si procede, o no, su apreciación.

¹¹ Gascón Abellán, M. *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

¹² Gascón Abellán, M. *Op. cit.*, en nota al pie sita a la pág. 282, donde dice: “El profesor Peces Barba me hizo la observación de que hablar de un ‘derecho general’ a la objeción resultaba un tanto desproporcionado para sostener algo tan modesto como esa exigencia de ponderación judicial aludida en el texto. Tal vez sea así, pero creo, no obstante, que existen buenas razones para mantener esa denominación: Primero, porque dicha exigencia no me parece tan modesta, dado que la inexcusable obligación de fallar de los jueces no equivale a la obligación de interpretar el no cumplimiento de un deber jurídico por motivos de conciencia como un supuesto de colisión entre derechos y valores constitucionales. Y, segundo, porque con la expresión ‘derecho general’ se pretende subrayar también que el derecho a la objeción no se circunscribe a las concretas modalidades reconocidas, sino que aporta una presunción de legitimidad constitucional en favor de otras no reconocidas expresamente. A mi juicio, de no verse así carecerían de fundamento fórmulas de objeción como la relativa al aborto, etc.”

Pues bien, para el campo que a nosotros nos interesa, y partiendo de la consideración de que no puede impetrarse la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con carácter genérico, podría caerse en la tentación en primer término de concluir que no puede instarse la cobertura de tal, por cuanto no existe, y el aserto puede efectuarse con rotundidad precisamente en atención a la conformación del derecho-deber que se ha expuesto más arriba; esto es, el sujeto llamado a integrar el jurado en el caso particular, se ve compelido a la prestación de un determinado comportamiento, pero en cuanto que miembro de la colectividad titular del derecho a participar en el enjuiciamiento penal (y no de cualquier modo pues el artículo 125 se refiere explícitamente a la institución del Jurado), es también titular del derecho subjetivo a integrar un tribunal de jurado; y así, en cuanto que está ejercitando su derecho, no habría de tener en modo alguno la justificación para objetarlo; tal argumento fácil debe resultar, desde luego, desterrado, pues su admisión amén de suponer un reduccionismo extremo, que no descansa en suma sino en un argumento circular —pues piénsese que al titular del derecho subjetivo no se habría de admitir la renuncia al mismo porque se consideraría contrario al orden público tutelado por la Ley, con lo que se volvería al punto de partida—, supone negar la existencia de la facultad de objetar, en sí misma, lo que resulte inadmisibles precisamente porque partimos de la base inicial de conformación de *status libertatis*.

El Tribunal Constitucional, en reciente Sentencia núm. 219/1999, de fecha 29 de noviembre, ha conocido del recurso de amparo promovido por un ciudadano llamado a integrar las listas de jurados en el bienio 1995-96, y que promovió su excusa alegando razones de conciencia, viendo desestimada su pretensión por el juez decano de Barcelona. Lamentablemente el Tribunal no entra a conocer del fondo de la cuestión, esto es, si cabe amparar en esta materia en que nos encontramos, la alegación del ciudadano de excusarse de integrar un tribunal de jurados, primando el criterio de la conciencia individual, pues la pretensión de amparo resulta inadmitida en aplicación de lo establecido en el artículo 50-1-a), en relación con el artículo 41-2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pues el procedimiento estaba inconcluso no habiendo sido el ciudadano llamado a integrar un tribunal de jurados en concreto para conocer de un enjuiciamiento concreto, único supuesto en que, ciertamente desde un punto de vista práctico, se verían eventualmente afectados los derechos fundamentales invocados por el actor; dice en este sentido el Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 3º) que “así las cosas, y como quiera que las razones de conciencia se esgrimen contra la obligación de juzgar y ésta no nace con la inclusión en la lista de candidatos a jurados, es obvio que la queja deducida en amparo es prematura en tanto que deducida contra una lesión que no sólo no se ha verificado, sino que puede que no llegue a verificarse, caso de que los sorteos sucesivos al ya celebrado para la selección de candidatos determinen la exclusión del recurrente”.

En todo caso en esta sede sí resulta revelador de cuál puede entenderse sea la postura “oficial”, atendiendo al tenor de las alegaciones sostenidas por el Abogado del Estado para oponerse a la pretensión de amparo que se sostiene, mereciendo destacarse la mención a que

“en suma, los motivos de conciencia sólo podrán oponerse para eximirse de un deber general cuando así lo permita expresamente el legislador democrático y en los términos en que lo permita. Dejando aparte la objeción de conciencia al deber militar, única reconocida por el constituyente y que por ello mismo se impone al legislador, en los demás casos es éste quien gradúa la trascendencia de los motivos de conciencia para eximirse de cumplir ciertos deberes. Verdad es que la Constitución no prohíbe establecer legislativamente los motivos de conciencia como excusa para ser jurado. Pero hasta que el legislador no lo haga expresamente no hay razón para entender que el artículo 16-1 de la Constitución impone interpretar el artículo 12-7 de la Ley Orgánica 5/1995 en el sentido de que los motivos de conciencia han de bastar para excusarse como jurado”.

Y tal posicionamiento no puede, desde luego, ser admitido, en cuanto que de simple y reduccionista tiene, pues tiende a recuperar un modelo de legislador —el cual obviamente es un sujeto normativo libre y autónomo en orden a configurar discrecionalmente los criterios de política legislativa—, onnipotente y onmicomprensivo, en abierta crisis, con correlativo detrimento de la función hermenéutica. Es evidente que el juez se encuentra, en ocasiones, en la paradójica situación de estar obligado a resolver *conforme a Derecho*, los supuestos que se le plantean, y no saber qué Derecho aplicar, en razón a que éste no puede ser aprehendido por inexistente. Aún admitiendo la existencia de los *casos fáciles*, en la mayoría de los casos nos encontramos ante *casos difíciles*, de los que se ha ocupado en los últimos años especialmente la Teoría de la argumentación jurídica¹³, bien entendido que en el marco del Estado de Derecho la realización de la dimensión axiológica de la Justicia pasa por el adecuado desenvolvimiento de los derechos y libertades fundamentales; esto es, siguiendo a Pérez Luño¹⁴, en el Estado de Derecho, la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como son: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquélla que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional, y función del Derecho que asegura la realización de las libertades. Y precisamente el argumento que se ha transcrito viene a colisionar frontalmente con la tesis que ha expuesto con anterioridad en punto a cual

¹³ Atienza Rodríguez, M. *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento jurídico* Ed. Ariel, Barcelona, 1993, págs. 127-177.

¹⁴ Pérez Luño, Antonio E. *Seguridad jurídica* En VV AA El Derecho y la Justicia. Ed. de E. Garzón Valdes y F. J. Laporta Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía Tomo 10 Trotta, CSIC, BOE 1995.

deba ser la conformación y configuración de la objeción de conciencia en el marco de la libertad de conciencia, como derecho fundamental, en un régimen de *status libertatis*: no resulta coherente sostener que las únicas modalidades legítimas son, por principio, aquéllas que han sido expresamente previstas por el legislador y, de sustentarse criterio diverso, el contenido del derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución quedaría mutilado y ajeno al régimen común de libertades públicas, obviándose, además, una evidencia vigente en nuestro sistema sanitario, cual es la cláusula de objeción reconocida a los facultativos de la sanidad pública en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, en el marco de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en Sentencia 53/1985. Por otra parte, el criterio mencionado viene a colisionar con la *ratio* de la discusión habida en sede parlamentaria y que culminó en el artículo 12-7 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, introducida como enmienda del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, oponiéndose en la discusión habida en la Comisión de Justicia del Senado el Grupo Socialista a la enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán (que proponía añadir al artículo 12 una excusa para "los miembros de una asociación u orden religiosa que, por motivo de su ideología o creencia, aleguen que no pueden desempeñar la función de jurado"), entre otras cosas, porque "el apartado 7 de ese mismo artículo está redactado con tal generosidad y ambigüedad, que existe siempre la posibilidad, ante el magistrado correspondiente, de alegar esa excusa como elemento fundamental para no participar"¹⁵.

Las alegaciones del Ministerio Fiscal, en el inciso que nos interesa, discurren por un cauce argumentativo similar, al indicarse:

"... De un lado, porque la objeción de conciencia está expresamente reconocida en el artículo 30 de la Constitución respecto del servicio militar y, pese a incluirse en la Sección Segunda, es susceptible de amparo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53-2 de la Constitución, lo que no sucede con el jurado. Así las cosas, el constituyente obligó al legislador a regular la objeción de conciencia al servicio militar, permitiéndole imponer una prestación social sustitutoria, de modo que la objeción de conciencia se configura como un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, que constituye una excepción al cumplimiento de un deber general, sólomente permitida por el artículo 30-2 de la Constitución, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo de la libertad ideológica o de conciencia, que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o 'subconstitucionales'. Y la Constitución no prevé tal objeción de conciencia en relación con los jurados, lo que, atendida la redacción de su artículo 125, se traduce en una gran libertad del legislador

¹⁵ Diario de sesiones del Senado, Comisión de Justicia, sesión de 19 de abril de 1995, Comisiones, núm. 194, pág. 15. Senador Sr. Iglesias Marcelo.

para configurar el jurado, tanto en su forma de constitución (puro o escabinado), como en su consideración como simple derecho o como función (derecho-deber), y a optar, en su caso, por el establecimiento de causas tasadas de exclusión, entre las que pudo incluir o no la objeción de conciencia por motivos ideológicos o religiosos".

Entiendo que la resolución de la problemática que nos estamos planteando puede pasar por la consideración y el análisis de las modalidades de derecho subjetivo que en atención a las situaciones jurídicas de que se tratara, ya formulara Hohfeld¹⁶, si bien tomando la caracterización de la categoría de "privilegio" que realizara Alf Ross, quien en lugar de "privilegio" habla de "libertad". Así, considerando que la expresión "A tiene frente a B la libertad de hacer X" es analizable diciendo que A no tiene frente a B el deber de hacer ni de omitir X, y que B no tiene el derecho (esto es, tiene el no-derecho) de que A omita o haga X. El concepto de libertad es correlativo al "no-derecho" y opuesto al concepto de deber, en cuanto que no tiene el deber, no puede legítimamente venir compelido, a hacer otra cosa; su titular A es libre frente a B de hacer, o no hacer, X, y correlativamente B no tiene un derecho subjetivo a que A haga o no haga X; un privilegio es la libertad de un individuo frente al derecho o la pretensión de otro u otros. Se encuentra en la situación jurídica que calificamos como "privilegio" o "libertad" quien es titular de una facultad o haz de facultades que puede hacer valer frente a quien se encuentra en la situación descrita de "no-derecho" en relación con quien ejerce tal comportamiento; esto es, se encuentra en la situación ventajosa de "privilegio" o "libertad" quien no tiene el deber de realizar determinadas conductas respecto a otros, al tiempo que quien no se encuentra en la situación ventajosa que se describe como pretensión, se encuentra en la situación de "deber".

Cuando se habla de inmunidad se alude a la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o "contralor" jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica. Una inmunidad es el correlativo de una incompetencia ("no-potestad") y el opuesto de una sujeción. El sinónimo más receptivo a la conceptualización de inmunidad es el de "exención". Un derecho es una inmunidad cuando su titular A está exento ante los efectos del acto X de B, es decir, cuando éste es incompetente para modificar, por medio de dicho acto, la situación jurídica del titular. Se encuentra en la situación jurídica que calificamos como "inmunidad" quien detenta facultades que puede hacer valer para impedir que se modifique su situación jurídica por parte de quien se encuentra en la situación correlativa de "incompetencia", esto es, está en la situación de "inmunidad" quien se encuentra en posición de ausencia de deber de cumplimiento de las prescripciones de otros, al tiempo que quien no se encuentra en tal situación de ventaja, está en la situación mencionada de "sujeción".

¹⁶ Hohfeld, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, 1968, prólogo de G. Carrio. Cfr. De Lucas Martín, F. J. En *Introducción a la teoría del Derecho*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 220-221.

Para los autores que entienden la objeción de conciencia como excepción al deber general de cumplimiento de un deber, conformando la función de disenso como protectora de aquéllos que divergan de los criterios de la mayoría, con fundamento en criterios de conciencia individual, se entiende que los derechos situados en la función de disenso —la objeción de conciencia— se realizan como inmunidades¹⁷. Sin embargo, tal configuración yerra en la ubicación del punto de partida, y consiguientemente, en la conclusión que se deriva; y ello por cuanto como hemos defendido la objeción de conciencia en cuanto que manifestación del derecho fundamental de libertad de conciencia ex artículo 16 de la Constitución, supone en la configuración del *status libertatis* al que nos hemos referido, un *prius*. El establecimiento, posterior, por el legislador positivo, del deber positivo de que se trate, limitará legítimamente aquél, si su titular no se ve afectado por imperativo de conciencia alguno, y no habrá de poder hacerlo en caso adverso. Obsérvese que el planteamiento es radicalmente diverso al que se ha apuntado sostienen los autores que estiman incardinable el supuesto en la categoría de las inmunidades; tal sería desde luego sostenible si configuraríamos la capacidad del sujeto como una excusa, como una posibilidad otorgada ante situaciones singulares, por más que pudiera pluralizarse en una colectividad por adición de tales situaciones singulares idénticas, pero no es éste el planteamiento que se adopta. El marco genérico de libertades que sostiene el Estado de Derecho, implica como corolario lógico, que los deberes positivos que se impongan limiten, en todo caso, aquél; así las cosas, las facultades de los sujetos para aducir la no observancia del deber se fundan en la titularidad de libertades, de suerte que no se trata de excepcionar el cumplimiento del deber, sino de no encontrarse en la situación de tal deber. Esto es, precisamente la idea de generalidad y titularidad abstracta que se aduce responde a la tipología de la libertad, y no a la idea de inmunidad, que denota particularidad en la facultad de disenso en atención a las circunstancias concretas de la persona que aduce tal, como excepción (exención, eximente o excusa) frente al deber por el que, de otro modo, se vería compelido en régimen de sujeción; por ello, en vía de principio, no podemos admitir la pretendida equiparación entre la problemática que analizamos y el supuesto incardinado al número 7 del artículo 12 de la Ley, por responder a fundamentación diversa¹⁸, configu-

¹⁷ Cfr. Peces-Barba Martínez, G. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Estudios de Filosofía Jurídica y Política)*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 1999, págs. 139-141-144. Cfr. Baranco Aviles, M. Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, en Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2000, págs. 379 y siguientes.

¹⁸ En distinta línea argumentativa se desenvuelve Ruiz Miguel, Alfonso, en *La objeción de conciencia a deberes cívicos, en Jueces para la Democracia, Información y debate*, núm. 25, Ed EDISA, Madrid, marzo 1996, y Ruiz Miguel, Alfonso en *La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos*, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ Madrid, 1996. Cfr. Navarro-Valls, F. y Martínez Torrón, J. en *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 190 y 191.

rándose en la práctica, en todo caso, como inmunidades, esto es, como exenciones a un deber, lo que no son sino causas de justificación fundadas en el legítimo ejercicio que se deriva de la titularidad de un derecho de rango fundamental. Ello no obstante, y recuperando la idea esbozada más arriba en cuanto a que es posible considerar que la inmunidad despliegue virtualidad respecto de una colectividad por simple adición de las situaciones individuales de los sujetos de que se trate, es claro que las conceptualizaciones de privilegio o libertad y de inmunidad se formalizan desde dos perspectivas diversas, que discurren en paralelo, pero que no son contradictorias entre sí sino, en todo caso complementarias, y así las cosas analizando la cuestión desde el planteamiento de la tipología de normas en normas de comportamiento y normas de estructura, puede decirse que la "libertad" o "privilegio", con su correlativo "no-derecho" y su opuesto "deber" es a las normas de conducta, lo que la "inmunidad" con su correlativa "incompetencia" y su opuesta "sujeción" es a las normas de estructura.

Así las cosas, procede analizar, para el tema que nos ocupa, si ante el ejercicio del *ius puniendi* es dable considerar que un sujeto pudiere oponer un imperativo previo de conciencia que le inhabilitara para el cumplimiento del deber positivo de participación diseñado por el legislador ordinario ya en la Ley Orgánica de 1985 y en particular, cuando ha acometido el desarrollo legislativo del artículo 125 de la Constitución.

La problemática del *ius puniendi* puede venir abordada desde una doble perspectiva, a saber: en primer término, desde una perspectiva *metajurídica* se trata de buscar respuesta a la cuestión de la justificación, naturaleza y límites del poder estatal de dictar normas que definan determinadas conductas como delitos y las conminen con penas; en segundo término, desde una perspectiva que puede denominarse *política*, se trata de delimitar la naturaleza y los límites del poder punitivo conferido al Estado por las normas jurídicas. El Estado, en el marco del proceso y haciendo valer una normativa institucionalizada en cuanto a las sanciones negativas establecidas, órganos competentes y procedimiento para su desenvolvimiento, pide la realización del Derecho objetivo para responder a la realización de conductas especialmente reprochables por asociales, por resultar atentatorias a bienes jurídicos especialmente preciados¹⁹, apareciendo justificada la tutela jurídico-penal sólo frente a los ataques más graves e intolerables que pueda sufrir un bien jurídico que se reputa digno de protección; el derecho penal aparece configurado como la *última ratio* de protección, cuando los demás medios de tutela de que el Ordenamiento dispone se han revelado ineficaces o inútiles en su función de tutela; es lo que se conoce con la referencia al *carácter fragmentario del Derecho penal*, detentando en este sentido el Estado el monopolio del uso legítimo de la fuerza,

¹⁹ Cfr. Vives Antón, T. S. y Cobo del Rosal, M. *Derecho penal. Parte general*. Universitat de València, Valencia, 1984, págs. 25 y 91.

que descansa en el marco de una sociedad democrática, en los principios de legalidad, prohibición de exceso, no exigibilidad, *in dubio pro reo* y *non bis in idem*, no pudiendo fundamentarse legítimamente un rechazo al mismo basado en radical oposición a la existencia de un sistema punitivo que se inspira en los principios garantistas de una sociedad democrática, bien entendido que la idea de libertad que fundamenta el ideal de justicia descansa en la premisa de la legitimidad del poder, y no está reñida con la configuración del orden público, si bien, no de cualquier tipo de orden. Negar radicalmente tal posición supondría desde luego huir de cualquier tipo de totalitarismo pero caería inexorablemente en la anarquía.

Debemos plantearnos seguidamente, sentado lo anterior, si tendría fundamento que en base a una alegación de conciencia basada en la oposición a la existencia de un sistema punitivo, podría articularse un supuesto de objeción de conciencia que vedase la virtualidad de la imposición de un deber positivo de venir a integrar un Jurado. La respuesta debe ser negativa, pues no es sostenible en el marco de una sociedad democrática tal postura de oposición radical a la existencia de un sistema penal, que asume por ende un contenido eminentemente garantista y que se reserva para el enjuiciamiento y sanción de sólo aquéllas conductas especialmente lesivas para el orden jurídico, y debe tenerse en cuenta que la institución del Jurado no implica sino el ejercicio directo por los ciudadanos, esto es, en suerte de mecanismo devolutivo, de las competencias que ordinariamente se ejercen por los jueces y magistrados de carrera que, seleccionados conforme a la norma institucionalizada en tal sentido, ejercen las competencias propias del enjuiciamiento integrados orgánicamente en uno de los poderes del Estado. Un segundo argumento de orden teleológico o finalista lleva a la misma conclusión con fundamento en la salvaguarda de los intereses generales, pues puede argumentarse que de otra manera quebraría radicalmente uno de los pilares básicos de la organización estatal, conformado funcionalmente en base a criterios técnicos pero con un esencial componente ideológico de carácter democrático, esto es, emanado del criterio mayoritario expresado por la generalidad de los ciudadanos, de suerte que tiene un carácter autónomo y en ningún caso podría sostenerse que heterónomo.

3. LOS VALORES SUPERIORES EN NUESTRA CONSTITUCIÓN. EL VALOR DE JUSTICIA

El artículo 1-1 de la Constitución es una norma jurídica. Los valores superiores en el mismo consagrado tienen, por ende, carácter normativo. La impetrada necesidad de ulterior desarrollo legislativo de la normativa constitucional positivada como valores (y aún como principios) no debe conducir a conclusiones hermenéuticas que menoscaben o comprometan su significación normativa, o menos aún, que impliquen la negación de su status jurídico-positivo. Y ello en cuanto que, no representan úni-

camente un ideal, una orientación o una recomendación, sino que tienen un pleno contenido obligacional para todos los destinatarios de las normas. Representan los ideales que una comunidad política decide erigir como sus máximos objetivos a desarrollar por su ordenamiento jurídico, del que suponen guía, en tanto que son la decisión constitucional que el Poder plantea como raíz del Derecho, no debiendo interpretarse de modo abstracto, sino atendiendo a su significado histórico. En este sentido, son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural y en el momento histórico de que se trata por parte de los miembros de la comunidad, siendo, en palabras de Peces Barba²⁰, expresión máxima de la decisión política de España como Estado social y democrático de Derecho. Y los valores superiores contemplados por el artículo 1-1 son escogidos por el Poder para representar las raíces y los fines a realizar por el Derecho, que se construyen con el apoyo de ese Poder, pudiendo hablarse entonces de valores superiores legalizados, señalándose la correspondencia de los valores superiores con las notas definitorias del Estado:

- a) El principio democrático corresponde con el valor pluralismo político.
- b) El principio de Estado de Derecho con el valor libertad.
- c) El principio de Estado social con el valor igualdad.

Nuestra Constitución ha optado por un sistema de positivación normativa de los derechos fundamentales de carácter mixto, toda vez tanto consagra cláusulas o postulados generales como se entrega a la enunciación de tipologías específicas o casuísticas. Con Pérez Luño²¹ podemos distinguir hasta cinco modalidades distintas de positivación, que ordenados de menor a mayor precisión jurídico-positiva, aparecen como:

1. *Valores superiores del orden jurídico-político constitucional.* El Preámbulo de la Constitución y el artículo 1-1 de la misma son paradigma en este sentido.

2. *Principios constitucionales.* Quedarían englobados en este apartado una serie de principios dirigidos a delimitar el marco político, social y económico que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales, como también una serie de postulados encaminados a orientar la acción de los poderes públicos. Se citan, en este sentido, el artículo 9-2, el artículo 10, y los artículos 39 a 53.

3. *Cláusulas generales.* Se trata del elenco de derechos, positivados como tales y no con referencia a la cláusula nominal de principios, que remiten para su concreción, en punto a su alcance y contenido, a la legislación orgánica de desarrollo.

4. *Normas específicas o casuísticas.* En este subgrupo se englobarían aquéllos derechos proclama-

²⁰ Peces Barba Martínez, G. *Los valores superiores*, en Editorial Tecnos, colección Temas clave de la Constitución Española, Madrid, reimp. 1986, pag. 42.

²¹ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, colección Temas clave de la Constitución Española, Madrid, 7ª Edición, 1998, págs. 58 y siguientes.

dos por el texto constitucional, sin referencia a un ulterior desarrollo legislativo, de lo que se infiere que su positivación constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance y significación; tal es el caso, entre otros, del reconocimiento del derecho a la igualdad ante la Ley (artículo 14) o la prohibición de los tribunales de honor (artículo 26).

5. *Normas de tutela.* Amén de la conformación de las normas encaminadas a formular positivamente los derechos fundamentales, la Constitución estatuye en su texto menciones explícitas, que tienen igualmente carácter normativo, que configuran garantías de aquéllos. Tal sería el supuesto del artículo 53 y del artículo 54 de la Constitución.

La situación de los valores superiores en el artículo 1, en palabras de Peces-Barba, auténtico pórtico normativo de nuestra Constitución, y la relación con el conjunto sistemático del Ordenamiento llevan a la conclusión de que se utilizan como los objetivos generales a alcanzar por el Estado social y democrático de Derecho, a través del ordenamiento jurídico; son el fundamento y la meta, el fin del Derecho que el legislador constituyente se propone. Resultan el fruto de una doble confluencia:

a) De un lado, suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, que viene representada fundamentalmente por el iusnaturalismo democrático, con las técnicas de positivación y protección reforzada propias del movimiento constitucionalista.

b) Por otra parte, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individualista, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales.

En el artículo 1 de la Constitución el legislador constituyente ha enunciado los fundamentos básicos de orden político y de orden jurídico del Estado que se conforma y que se deriva del texto constitucional, en quiebra radical con el sistema inmediatamente anterior y que derivó del golpe militar y la Guerra Civil. Ahora bien, como se ha dicho con acierto, la enumeración del precepto no debe entenderse como un *numerus clausus*, sino que antes bien, debe considerarse que en nuestro modelo existen otros valores (solidaridad, seguridad jurídica)²², y correlativamente con la confrontación que es posible efectuar entre la apelación política de Estado que se efectúa y el valor superior que se enuncia, se ha dicho que el enunciado valor de justicia parece vacuo en su contenido, esto es, nada añade *per se*, a los valores de libertad e igualdad; ha dicho Peces-Barba que "la justicia es un concepto ambiguo que no añadía nada a la coherencia de una moralidad positivada cuyas dos columnas centrales son la libertad y la igualdad", postura que es perfectamente coherente desde la perspectiva del humanismo democrático. Ahora bien, la mención constitucional tendría pleno sentido, y no resultaría en sí misma tautológica, si se entiende que su ex-

plícitación responde —en un criterio que superaría al propio constituyente— a una vocación de permanente llamada al legislador ordinario para la optimización y profundización de los parámetros democráticos por los cauces de desarrollo normativo que la propia Constitución estatuye²³, de suerte que cobraría pleno sentido en inteligencia diversa la corrección de la denuncia de supuestos de *inconstitucionalidad implícita* y aún de *inconstitucionalidad por omisión*. En este sentido, el valor Justicia enunciado por la Constitución, en una inteligencia que pretende superar el mero formalismo de la enunciación de los grandes conceptos, hubiere servido de argumento decisivo para denunciar la pasividad del legislador ordinario, dejando carente de regulación el instrumento de participación ciudadana cuya conformación le encomendaba el artículo 125 de la Constitución, sustrayéndose con ello, materialmente, la realización de uno de los objetivos particulares marcados por el Texto en suerte de ejercicio directo por los ciudadanos de uno de los Poderes del Estado que, debe tenerse presente, conforma un derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto cuerpo social, y que, con independencia de cuál es su ubicación sistemática como integrante del Título VI de la Constitución, se beneficia de la garantía común a todo el articulado de la Constitución de ser norma jurídica vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos (artículo 9-1), así como tutelado por el recurso de inconstitucionalidad del artículo 161-1-a) y por la cláusula de "rigidez genérica" del artículo 167.

En esta misma línea, es ineludible destacar la función ideológica que puede desplegarse de la mención explícita que efectúa al valor "justicia" el artículo 1-1 de la Constitución, cohonestándolo con el carácter de *numerus apertus* que hemos mencionado debe entenderse merece la enumeración que el citado precepto realiza, haciendo llamada en este caso del concepto de seguridad jurídica como auténtico valor superior. Esto es, no puede negarse que la ley, en cuanto que recurso normativo formal, es uno de los expedientes técnicos que hacen más previsible y seguro el Derecho; pero el concepto de *seguridad jurídica* tiene una significación, cuando menos, dual, a saber: no sólo hace referencia a la previsibilidad, sino también a la Justicia, pues para que exista un orden social no basta con que exista una seguridad, sino que debe analizarse de qué tipo de seguridad se trata. En este sentido, conviene partir de recordar, siguiendo a Pérez Luño²⁴, la diferencia existente entre la positividad, que constituye un elemento necesario de la organización jurídica de cualquier tipo de sociedad, en tanto que la seguridad es un valor que puede darse, o no, en las diferentes formas históricas de positividad jurídica, habiendo existido de hecho ordenamientos jurídicos de seguridad precaria o prácticamente inexistente, pero no ha existido ninguno carente de positividad. No todo Estado y todo Derecho conforman, por su

²² Peces-Barba Martínez, G. *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 172.

²³ En este sentido, vide Atienza Rodríguez, M. y Ruiz Manero, J. *Las piezas del Derecho Teoría de los enunciados jurídicos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, págs. 20-25.

²⁴ Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, pág. 23.

mera existencia, sistemas de seguridad jurídica⁴⁵. Y es que el concepto se desenvuelve en dos niveles distintos, como *condición necesaria* para la existencia de la sociedad y —en un segundo nivel— *tipo de orden* que se instaura⁴⁶. Elías Díaz afirma que en un primer nivel “la legalidad engendra seguridad: el derecho establece y delimita el campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos pueden sentirse seguros sabiendo con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos y deberes. En este primer nivel legalidad y seguridad son coincidentes”⁴⁷. Pero la posibilidad de implantación de ese tipo de seguridad, de primer nivel, como hecho, pero que puede incorporar inseguridad como valor, no son sino manifestaciones de *seguridad de la inseguridad*, incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho y, nuevamente de conformidad con la tesis que sostiene Pérez Luño⁴⁸, en el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquélla que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional, y función del Derecho que asegura la realización de las libertades. Esta tensión entre la seguridad entendida únicamente como previsión y la seguridad en su vertiente material e ideológica, considerada como exigencia de justicia, se entiende plasmada en la mención explícita que efectúa el constituyente al enumerar los valores superiores, correspondiendo a la dogmática jurídica, en el desarrollo de las funciones sociales que le incumben, el análisis y la denuncia del estado de las cosas.

4. CONCLUSIONES

En principio, hablamos de conflicto entre conciencia y ley cuando el incumplimiento de un deber jurídico se basa en la existencia de un dictamen de conciencia que impide observar el comportamiento normativamente prescrito y cuya razón se encuentra en la salvaguarda de la propia e individual integridad moral frente a un imperativo heterónimo; lo que más interesa, pues, en esta tensión, no es tanto la valoración de los principios morales alegados, sino si el hecho mismo de la proyección de la conciencia es valioso en sí y cuáles son sus fronteras, es decir, si existe algo así como una presunción moral de corrección *prima facie* a favor de la actuación por conciencia.

⁴⁵ Pérez Luño, Antonio E., *Seguridad jurídica* en El Derecho y la Justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta-CSIC-BOE, núm. 11, 1996, insistiéndose en la pág. 485 en que “el Estado social y democrático de Derecho, en cuanto entraña no solo un orden de garantías formales sino un sistema de valores materiales, no puede permanecer insensible a las circunstancias subjetivas que inciden en el cumplimiento del Derecho”.

⁴⁶ Calsamiglia, A. *Introducción a la ciencia jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986, pág. 141.

⁴⁷ Díaz, Elías *Sociología y filosofía del derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1992 (2.ª edición, 2.ª reimpresión), pags. 1 y 7.

⁴⁸ Pérez Luño, Antonio E., *Seguridad jurídica*, en VV.AA. El Derecho y la Justicia, Ed. de E. Garzón Valdés y F.J. Laporta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Tomo 10, Ed. Trotta-CSIC-BOE., 1995, pags. 481-492.

La objeción de conciencia no debe configurarse como un supuesto de excepción al cumplimiento del deber general impuesto por el ordenamiento sino como un derecho fundamental vinculado a la libertad ideológica y de conciencia que proclama el artículo 16 de la Constitución, que no se contrae, desde luego, al supuesto que previene el artículo 30-2 de aquélla, de suerte que, no obstante no poder admitirse que exista un “derecho general a la objeción de conciencia”, sí debe reconocerse que configura un *numerus apertus* de supuestos; no puede defenderse, sin más, la procedencia de una pretendida alegación de objeción de conciencia en una generalidad de supuestos, por más que sí, *ab initio*, debe sostenerse que, potencialmente, es dable considerar que pudiere resultar viable y admisible tal ante una generalidad, en principio indeterminada, pero no necesariamente completa, de supuestos, debiendo analizarse, en estadio posterior, el caso concreto, para concluir si procede, o no, su apreciación.

En el marco del Estado de Derecho se conforma una especie de *status libertatis* básico y originario, de suerte que los deberes jurídicos que se estatuyen en el marco del ordenamiento son limitaciones que se establecen a aquél; y así las cosas, es claro que se altera sustancialmente el punto de vista, pues no se trata de buscar la *ratio* de la justificación de la excepción al cumplimiento del deber, sino antes al contrario, es éste el que supone una limitación al régimen genérico de libertades existente *prima facie*. La congruente articulación, fundada por un sujeto de un supuesto de objeción de conciencia implica el ejercicio de una libertad, y sólo adoptando la adecuada perspectiva hemos de poder entender que pudiera venir conformada como una inmunidad; sin embargo, para los autores que entienden la objeción de conciencia como excepción al deber general de cumplimiento de un deber, conformando la función de disenso como protectora de aquéllos que difieren de los criterios de la mayoría, con fundamento en criterios de conciencia individual, se entiende que los derechos situados en la función de disenso —la objeción de conciencia— se realizan como inmunidades. Pero tal configuración equivoca la ubicación del punto de partida, y consiguientemente, la conclusión que se deriva; y ello por cuanto la objeción de conciencia, como manifestación del derecho fundamental de libertad de conciencia ex artículo 16 de la Constitución, supone en la configuración del *status libertatis*, un *prius*. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en particular respecto al supuesto en relación con la Institución del Jurado, en la reciente Sentencia 219/1999, de 29 de noviembre, si bien el pronunciamiento desestimatorio del amparo que venía impetrado no entra a considerar más que con un propósito puramente enunciativo, la problemática, viniendo el sentido de fallo determinado, de suyo, por razón de la no actualización de la posición del recurrente; ello no obstante, los antecedentes fácticos de la resolución sí son expresivos de las posturas sostenidas por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, por los que se reduce la concep-

tualización de la objeción de conciencia como una exención, esto es, como un supuesto de inmunidad, al deber de cumplimiento del servicio militar.

Analizando el fundamento y sentido del *ius puniendi* del Estado, llegamos a la conclusión de la imposibilidad de articulación de objeción de conciencia por los ciudadanos a integrar un Tribunal de Jurado; el Estado, en el marco del proceso y haciendo valer una normativa institucionalizada en cuanto a las sanciones negativas establecidas, órganos competentes y procedimiento para su desenvolvimiento, pide la realización del Derecho objetivo para responder a la realización de conductas especialmente reprochables por asociales, por resultar atentatorias a bienes jurídicos especialmente preciados, apareciendo justificada la tutela jurídico-penal sólo frente a los ataques más graves e intolerables que pueda sufrir un bien jurídico que se reputa digno de protección; el Derecho penal aparece configurado como la *última ratio* de protección, cuando los demás medios de tutela de que el Ordenamiento dispone se han revelado ineficaces o inútiles en su función de tutela; es lo que se conoce con la referencia al *carácter fragmentario del Derecho penal*, detentando en este sentido el Estado el monopolio del uso legítimo de la fuerza, no pudiendo fundamentarse legítimamente un rechazo al mismo basado en radical oposición a la existencia de un sistema punitivo que se inspira en los principios garantistas de una sociedad democrática, y que no descansa en criterios puramente imperativistas, sino que, por el contrario, incorpora elementos axiológicos bien definidos, bien entendido que la idea de libertad que fundamenta el ideal de justicia descansa en la premisa de la legitimidad del poder, y no está reñida con la configuración del orden público, si bien, no de cualquier tipo de orden. Esto es, el fundamento de la tesis que se obtiene descansa en un criterio ideológico y, en todo caso, sólo ha de poderse hacer recurso de un fundamento teleológico de manera cumulativa y, desde luego, en régimen de absoluta subsidiariedad respecto de aquél, que en ningún caso ha de descansar en una pretendida defensa de la virtualidad del sistema, que no habría de verse en peligro de quiebra por razón de la posibilidad de articulación del supuesto; dicho de otro modo, tal fundamento no habría de poder sostenerse, de suyo, en concepciones consecuenialistas carentes por completo de cualquier referencia al criterio moral.

5. BIBLIOGRAFIA

- Alcalá Zamora, Nicelo, *Derecho procesal mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1976.
- Atienza Rodríguez, M. "Un dilema moral. El caso de los insumisos", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 25, 1992.
- Atienza Rodríguez, M. *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento jurídico* Ed. Ariel, Barcelona, 1993.
- Atienza Rodríguez, M. y Ruiz Manero, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ed. Anel, Barcelona, 1996.
- Barcellona, P y Cotturri, G. *El Estado y los Juristas*, Ed Ariel, Barcelona.
- Barranco Avilés, M. Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, en Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2000.
- Calsamiglia, A. *Introducción a la ciencia jurídica*, Ed Ariel, Barcelona, 1986.
- Davó Escrivá, Francisco, *El Tribunal del Jurado* Editorial Colex, Madrid, 1988.
- Díaz, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1992 (2ª edición, 2ª reimpresión).
- De Lucas Martín, F. J. En *Introducción a la teoría del Derecho*, VV.AA., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- De Lucas Martín, F. Javier. *Conciencia y Ley penal*, en *Vinculación del juez a la ley penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1995.
- De Lucas Martín, F. Javier, Añón Roig, Mª José, Vidal Gil, Ernesto J. "La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional: Algunas dudas razonables". En *Revista General de Derecho*, núm. 520-521, Valencia, enero-febrero 1988.
- Gascón Abellán, M. *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- Gómez de Liaño González, F. *El proceso penal ante el tribunal del jurado*. Ed. Forum, Oviedo, 1995.
- Hohfeld, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, 1968.
- Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J. en *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Peces-Barba Martínez, G. *Los valores superiores*, en Editorial Tecnos, colección Temas clave de la Constitución Española, Madrid, reimp. 1986.
- Peces-Barba Martínez, G. *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Peces-Barba Martínez, G. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Estudios de Filosofía Jurídica y Política)*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 1999.
- Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona 1991.
- Pérez Luño, Antonio E., "Seguridad jurídica", en VV.AA. *El Derecho y la Justicia*, Ed. de E. Garzón Valdés y F.J. Laporta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Tomo 10, Ed. Trotta-CSIC-BOE, 1995.
- Pérez Luño, Antonio E., "Seguridad jurídica" en *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta-CSIC-BOE, núm. 11, 1996.
- Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, colección Temas clave de la Constitución Española, Madrid, 7ª Edición, 1998.
- Prieto Sanchis, L. "La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho", en *Sistema* 59, Madrid, 1984.
- Prieto Sanchis, L. *Insumisión y libertad de conciencia*, en *Ley y conciencia Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, VV.AA. (Peces-Barba, Ed.), Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1993.
- Ruiz Miguel, Alfonso, en "La objeción de conciencia a deberes cívicos", en *Jueces para la Democracia, Información y debate*, núm. 25, EDISA, Madrid, marzo 1996.
- Ruiz Miguel, Alfonso en *La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos*, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.
- Vives Antón, T. S. y Cobo del Rosal, M. *Derecho penal. Parte general*. Universitat de València, Valencia, 1984.