



LA OBJECION DE CONCIENCIA A LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Rafael Navarro-Valls

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos más llamativos que conoce el Derecho moderno es el de la objeción de conciencia. Hace sólo unas décadas era minoritario y se reconducía a pocos supuestos. Hoy está cada vez más extendido en sus presupuestos y en sus aplicaciones. Puede decirse que, en materia de objeción de conciencia, se ha producido un *big-bang* jurídico. Desde un pequeño núcleo –la objeción de conciencia al servicio militar– se ha propagado una explosión en cadena que ha multiplicado las modalidades de objeciones de conciencia. Así, han aparecido en rápida sucesión la objeción de conciencia fiscal, la objeción de conciencia al aborto, al jurado, a los juramentos promisorios, a ciertos tratamientos médicos, la resistencia a prescindir de ciertas vestimentas en la escuela o la Universidad, a trabajar en determinados días festivos y un largo etcétera. Y, con motivo de leyes que autorizan el matrimonio entre personas del mismo sexo, acaba de plantearse la objeción de conciencia de jueces y alcaldes a la celebración de esas uniones.

No hay que olvidar que la objeción de conciencia se encuadra en una nueva y más profunda comprensión del sistema jurídico: es decir, un ordenamiento jurídico propio de las democracias modernas fundado sobre valores más que sobre normas, en el interior de un Estado que se ha transformado de “Estado de derecho”

en “Estado de derechos”¹. La razón de este *boom* de objeciones de conciencia estriba en el choque –a veces dramático– entre la norma legal que impone un hacer y la norma ética o moral que se opone a esa actuación. Si a eso se une una cierta incontinencia legal del poder, que tiende a invadir campos fronterizos con la conciencia, se entiende la eclosión de este fenómeno. Recuérdese que, en España, la causa más de fondo que llevó a la instauración de un sistema de ejército profesional fue la cascada de objeciones de conciencia, que acabó dinamitando, con el aplauso de los partidos políticos, el sistema de servicio militar obligatorio².

Dicho esto, añadamos que la negativa, por escrúpulos de conciencia, a cumplir leyes o mandatos del poder civil contrarios a preceptos morales o éticos tiene una larga tradición en las religiones monoteístas. Algunos ejemplos bastarán. En el libro de los Macabeos se relata la reacción contraria de muchos judíos a las leyes dadas por Antíoco contrarias “a las leyes paternas o a las leyes de Dios”³. Reacción que llega hasta el martirio en el caso de Eleazar⁴ y los siete hermanos Macabeos y su madre⁵. Respecto al cristianismo, recuérdese, entre otros muchos casos, el que narra los Hechos de los Apóstoles⁶, cuando Pedro y los Apóstoles son conminados por el Sanedrín para que dejen de predicar el cristianismo, y la respuesta de éstos: “Juzgad vosotros si es justo obedeceros a vosotros más que a Dios”. En realidad, muchos casos de martirio de cristianos durante los III primeros siglos son obje-

1. Cfr. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza “oderna”. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994, passim.

2. Sobre este fenómeno, vid. R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Le obiezione di coscienza. Profili didiritto comparato*, Torino 1995, pp. 9ss. Existe versión española de este libro en Ediciones Mc Graw-Hill, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Madrid, 1997.

3. II Macabeos, 6, 1.

4. II Macabeos, 6, 18-31

5. II Macabeos, 7, 1-41.

6. Act. 4, 13-21

ciones de conciencia planteadas ante leyes injustas. En fin, las múltiples negativas de mujeres islámicas a despojarse de determinadas vestimentas en liceos o Universidades son ya clásicas objeciones que han planteado conflictos de conciencia⁷.

Sin embargo, la evolución de la conciencia social ha cambiado la óptica sobre este fenómeno. Hoy la sociedad es consciente de que cuando la persona humana, por razones éticas, se decanta por el no a la ley, lo hace por un mecanismo axiológico (un deber para su conciencia) diverso del planteamiento puramente psicológico de quien viola la norma para satisfacer un capricho o un interés bastardo. Esto explica que el comportamiento del objeto provoque una reacción de respeto, que se traduce en la inhibición de los mecanismos represivos de la sociedad, es decir, lo que viene llamándose “la mala conciencia del poder”. Lo cual contrasta con el frontal rechazo de los comportamientos delictivos o estrictamente antijurídicos⁸. La objeción de conciencia no es, pues, una especie de tumor que le haya salido al Estado democrático. Al contrario, su contextura, como dice nuestro Tribunal Constitucional, es la de un “derecho constitucional autónomo”⁹, cuando no un derecho fundamental, como sostiene parte de la doctrina jurídica¹⁰.

7. Por toda la doctrina vid. S. CAÑAMARES, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Madrid, 2005.

8. Cfr. F. D'AGOSTINO, “Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e postmoderno”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica* (1989/2), p. 53.

9. Sentencia 160/187, de 27 de octubre, FJ.3.

10. Sobre el debate en la doctrina, R. NAVARRO-VALLS, “Las objeciones de conciencia”, en el vol. colectivo *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 2004, pp. 147 y ss.

II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Dicho esto, y al inicio de esta exposición, tal vez convenga disipar un equívoco que ha estado presente –incluso en medios eclesiásticos– en el debate sobre la objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo. Suele creerse que esta nueva modalidad de objeción de conciencia trae su origen en unas declaraciones del Cardenal Trujillo al *Corriere della Sera* (22 abril 2005) hace unos meses, refiriéndose al derecho de objeción de conciencia en quienes han de aplicar leyes que implican autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo; declaración que, luego, habría sido acogida por la Conferencia Episcopal Española¹¹. La realidad es que la oposición “incisiva” y la referencia a la “objeción de conciencia”, en relación con esta modalidad matrimonial, se encuentra ya en una NOTA de la Congregación de la Doctrina para la Fe¹²: “Ante el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, o la equiparación legal de éstas al matrimonio con acceso a los derechos propios del mismo, es necesario oponerse en forma clara e incisiva. Hay que abstenerse de cualquier tipo de cooperación formal a la promulgación o aplicación de leyes tan gravemente injustas, y asimismo, en cuanto sea posible, de la cooperación material en el plano aplicativo. En esta materia cada cual puede reivindicar el derecho a la objeción de conciencia”.

11. Nota del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española, 5 mayo 2005.

12. “Consideraciones sobre los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”, 3 junio 2003, n. 5. Esta Nota aparece firmada por el entonces Cardenal Ratzinger, hoy Benedicto XVI. Ecclesia 3165/66, 9 y 16 de agosto de 2003, 1236-1239.

1. La llamada objeción de legalidad

A) Ideas Generales

La primera cuestión que conviene abordar es la de si el juez, en el expediente matrimonial previo, puede plantear lo que los técnicos en objeción de conciencia llamamos “objeción de legalidad”¹³. Es decir, puede negarse a celebrar matrimonio ante una duda fundada acerca de la legalidad de la norma que va a aplicar¹⁴.

En el caso que contemplamos, el juez viene condicionado en su actividad por dos normas de entidad: una de origen constitucional (el art. 163 de la Constitución), otra de desarrollo de este precepto, contenida fundamentalmente en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC). Por el precepto constitucional: “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”. Por la norma de la LOTC: “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta

13. Deseo dejar constancia pública de mi agradecimiento a Carlos Domínguez, Abogado del Estado, por su amabilidad al dejarme manejar su excelente trabajo “Sobre la objeción de conciencia y la cuestión de inconstitucionalidad”, in scriptis. Bastantes de los datos que a continuación recojo son tributarios del trabajo citado.

14. Esta expresión (“objeción de legalidad”) se acuñó hace años al analizar la objeción de conciencia al aborto (cfr. J.M^a. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico español*, 3^a edición, pp. 338-339).

Ley”. Añadiendo que el “órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad resolviendo el juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme”.

Esta normativa, configura la “cuestión de inconstitucionalidad” como un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución¹⁵. Se trata, pues, de un mecanismo de depuración objetiva del ordenamiento jurídico que tiene como finalidad evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la CE por serlo la norma aplicada.

En definitiva, y como postulan las SsTC 17/81, de 1 de junio, y 95/88, de 26 de mayo –por citar algunos ejemplos–, “la supremacía de la CE obliga a Jueces y Tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de los preceptos legales en que hayan de apoyar sus fallos, planteando en su caso (si los consideran contrarios a la CE) su constitucionalidad ante el TC por la vía del artículo 163 de la CE”.

15. STC 23/88, de 23 de febrero; 6/91, de 15 de enero; 12/91, de 28 de enero; 36/91, de 14 de febrero; y 76/92, de 14 de mayo, entre otras. A continuación, CE.

Es evidente que la trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad, como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, obliga a extremar las garantías destinadas a que esta vía procesal no quede desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza¹⁶. Y tal fin es perseguido por los requisitos que la CE y la LOTC imponen para su planteamiento, pudiendo el TC examinar si los mismos concurren, tanto en el trámite de admisibilidad como en la propia sentencia, cuando las razones que impiden entrar a resolver sobre la validez de la norma cuestionada no son aparentes *prima facie* o aparecen de tal modo que resulta aconsejable abrir todas las posibilidades del debate, permitiendo la intervención de los interesados, dando lugar, en este segundo caso y si se concluye que no concurren tales requisitos, a la desestimación de la Cuestión¹⁷. Se afirma, incluso, que la concurrencia de los presupuestos procesales que permiten un pronunciamiento de fondo por la jurisdicción constitucional es algo que puede y debe examinarse siempre por el TC, incluso de oficio. Así se reconoce, por ejemplo, en la STC 222/92, de 11 de diciembre.

Ahora bien, tales garantías y requisitos necesarios para plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad han de ser interpretados flexiblemente, tanto por el carácter no formalista que inspira en general las actuaciones del TC como por la conveniencia de que las Cuestiones que planteen los órganos judiciales lleguen, siempre que sea posible y sin menoscabo de los presupuestos procesales que son de orden público, a una solución por sentencia, al objeto de ayudar a la depuración del ordenamiento jurídico de sus preceptos inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la CE a través de una eficaz e imprescindible cooperación

16. Así se expresan, entre otras, las SsTC 166/86, de 19 de diciembre, y 76/92, de 14 de mayo.

17. SsTC 103/83, de 22 de noviembre; 4/88, de 21 de enero; 41/90, de 15 de marzo; 19/91, de 31 de enero; 76/92, de 14 de mayo; y 150/92, de 19 de octubre, entre otras muchas.

entre los órganos judiciales y el TC. En estos términos se pronuncian las SsTC 141/88, de 12 de julio; 27/91, de 14 de febrero; 189/91, de 3 de octubre; 150/92, de 19 de octubre; y 222/92, de 11 de diciembre, entre otras.

B) *Requisitos de la “cuestión de constitucionalidad”*

Examinemos ahora los requisitos a que han de sujetarse las cuestiones de inconstitucionalidad desde una perspectiva más concreta¹⁸. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163 de la CE y en los artículos 35 a 37 de la LOTC, es preciso, para que pueda plantearse una Cuestión de Inconstitucionalidad, el cumplimiento de las siguientes exigencias. A saber:

1. Que en la indagación del Derecho aplicable al caso concreto enjuiciado, el Juez o Tribunal haya llegado a la conclusión de que un norma con rango de ley es aplicable al caso y, salvo que se la juzgue inconstitucional, es determinante del fallo. (SsTC 14/81, de 29 de abril, y 103/83, de 22 de noviembre). A propósito de esta concreta condición, conviene hacer referencia a una serie de aspectos de cierta relevancia. Entre otros, los siguientes:

- Es requisito necesario para el planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad que la norma aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo *tenga rango de ley*, sin perjuicio de que los preceptos reglamentarios que hagan un desarrollo de la Ley que sea incompatible con la interpretación de ésta que exija la CE deban ser tenidos por ilegales y, en consecuencia, no aplicados por los Jueces, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la LOPJ (STC 36/91, de 14 de febrero).

18. Sigo aquí fundamentalmente las observaciones del trabajo, ya citado, de C. DOMÍNGUEZ.

- No es suficiente que la norma cuestionada sea aplicable al caso, sino que de tal norma ha de depender el fallo en el caso concreto¹⁹. De aquí deriva la doble exigencia de que la Cuestión haya de plantearse y justificarse en la medida en que la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, exponiendo así el órgano judicial ante el TC la situación procesal y el esquema argumental en razón del cual el contenido de su fallo depende precisamente de la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. Del mismo modo, no puede promoverse una Cuestión de Inconstitucionalidad frente a toda una ley en su conjunto o en gran parte de su articulado si todos sus preceptos no tienen una influencia decisiva para la resolución del asunto de que conoce el órgano judicial que la promueve²⁰.
- El artículo 163 de la CE y los preceptos concordantes de la LOTC no distinguen entre normas legales de orden procesal y normas sustantivas, sino que tan sólo exigen que sean aplicables al caso y de que su validez dependa el fallo (STC 95/88, de 26 de mayo).
- La posible concurrencia de causas de inadmisión en el proceso judicial en el que se plantea la Cuestión de Inconstitucionalidad, cualquiera que sea la naturaleza y clase de proceso, o la posible incompetencia del órgano judicial para conocer del asunto o la falta de determinación de la naturaleza de la actividad enjuiciada *no impiden al órgano jurisdiccional ejercer la facultad prevista en el artículo 163 de la CE en el momento que con efectos preclusivos fija el artículo 35.2 de la LOTC*, esto es, una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia (STC 150/92, de 19 de octubre). Y es que debe tenerse en cuenta que, en tal caso, el

19. SsTC 17/81, de 1 de junio; 103/83, de 22 de noviembre; y 87/91, de 25 de abril.

20. STC 36/91, de 14 de febrero.

juzgador está emitiendo un *juicio provisional*, que no siempre es absolutamente definitivo, acerca de la aplicabilidad de la norma cuestionada.

- La configuración de la Cuestión de Inconstitucionalidad como un instrumento cuya utilización depende exclusivamente de la libre voluntad del órgano judicial, sin intervención alguna de poder dispositivo de las partes o del Ministerio Fiscal, no puede conducir a minimizar la importancia de la audiencia que a todos ellos concede, al efecto de conocer su opinión y facilitar la reflexión del órgano judicial, el artículo 35.2 de la LOTC, reduciéndola a un mero trámite formal. Para su efectividad, es preciso que la Providencia judicial que otorgue la audiencia concrete los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales eventualmente vulneradas.

2. Que el órgano judicial que plantea la Cuestión considere –esto, es, estime o juzgue– que la norma legal aplicable al caso y determinante del fallo es inconstitucional. Ello exige la exteriorización tanto del juicio, suficientemente fundamentado, que le lleva a plantear la ilegitimidad constitucional, como del razonamiento sobre la relevancia de la norma cuestionada para decidir el litigio²¹. En relación con esta necesaria fundamentación de uno y otro extremo, podemos destacar:

Cuando el caso a resolver no esté condicionado por la norma legal cuestionada, o ésta ha perdido vigencia por la promulgación de otra posterior con trascendencia para el caso, o por vía interpretativa cabe su adecuación al ordenamiento constitucional, *no está justificado el planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad* (STC 14/81, de 29 de abril). En concreto, la Cuestión *no puede ser utilizada por los órganos judiciales para resolver dudas interpretativas*, ya que sólo cabe solicitar del TC un pronun-

21. SsTC 17/81, de 1 de junio; 103/83, de 22 de noviembre; y 106/86, de 24 de julio, entre otras muchas.

ciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos impugnados a la CE, pero no directamente una sentencia de carácter interpretativo²². El hecho de que el TC sólo declare la inconstitucionalidad de un precepto cuando su incompatibilidad con la CE resulte indudable, por ser imposible llevar a cabo una interpretación del mismo compatible con la Norma Fundamental, no significa que haya de convertirse en el órgano competente para realizar directamente la interpretación de las leyes de acuerdo con la CE, tarea que entra dentro de la potestad jurisdiccional (SsTC 105/88, de 8 de junio, y 157/90, de 18 de octubre).

Ahora bien, la anterior posición ha sido matizada al afirmarse también que *el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme a la CE no permite considerar a la Cuestión en sí misma como mal fundada*, pues el artículo 163 de la CE y la LOTC no condicionan su planteamiento a la imposibilidad de la interpretación conforme a la CE.

En general, la fundamentación de la inconstitucionalidad y de la relación entre la norma cuestionada y el fallo no ha de estar constituida por una expresión exhaustiva de todas las razones que puedan jugar en el asunto, *sino por los argumentos que se consideren racionalmente suficientes para que la Cuestión pueda ser tomada en cuenta* (SsTC 103/83, de 22 de noviembre, y 183/92, de 16 de noviembre).

En cuanto a la fundamentación suficiente de la inconstitucionalidad, este requisito no impone al órgano judicial que plantea la Cuestión una afirmación tajante de inconstitucionalidad, permitiendo que el planteamiento se haga en los casos de duda. No podrá limitarse el Juez a remitirse a las dudas que sobre la constitucionalidad de la norma hayan señalado las partes, ni a afirmar la existencia de sus propias dudas, sin dar a la vez las razones que las abonan (STC 17/81, de 1 de junio).

22. SsTC 157/90, de 18 de octubre, y 222/92, de 11 de diciembre.

En lo relativo al llamado “juicio de relevancia” –esto es, el esquema argumental del que resulta que el fallo que haya de dictarse en el proceso *a quo* depende de la validez de la norma cuestionada–, debemos significar que tal juicio es una de las más esenciales condiciones procesales de las Cuestiones de Inconstitucionalidad, estando estatuido en el artículo 35.2 de la LOTC *en garantía de que su planteamiento no desborde su función de control concreto y no abstracto de la constitucionalidad de las leyes*, ya que, en otro caso, no cabría apreciar la existencia de las graves razones que permitieran acometer el juicio de constitucionalidad de la ley²³. Se configura así el juicio de relevancia como una *cuestión de orden público*, al afectar de manera esencial al válido planteamiento de la Cuestión, cuya adecuación y consistencia el TC debería examinar y resolver aunque no fuese invocada en el debate procesal dentro del proceso constitucional²⁴.

El que de la validez de la norma cuestionada dependa el fallo implica que debe existir *una correlación lógica y directa* entre la eventual anulación, por inconstitucional, de la norma legal cuestionada y la satisfacción de las pretensiones objeto del *petitum* de las partes en el proceso *a quo*, correlación que el órgano judicial llamado a resolver debe poner de relieve de manera razonada ante el TC (STC 94/86, de 8 de julio).

C) *Aplicación en el expediente prematrimonial*

Sentado lo anterior, estamos ya en condiciones de abordar lo que constituye la materia nuclear del presente estudio. A tal fin, resultará útil recordar, una vez más, los dictados contenidos en el artículo 163 de la CE: “Cuando un órgano judicial considere, en

23. Entre otras, SsTC 166/86, de 19 de diciembre, y 221/92, de 11 de diciembre.

24. SsTC 196/87, de 11 de diciembre, y 87/91, de 25 de abril.

algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional²⁵ en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

Dos vocablos de típico alcance procesal, presentes en el precepto, parecen decantar, de modo apriorístico, el presupuesto fáctico necesario para el válido planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad: proceso y fallo. El primero de ellos hace referencia, en sentido amplio, al conjunto de actuaciones y diligencias que, debidamente documentadas, conforman el *iter* de cualquier procedimiento judicial. Fallo, por su parte, es la parte de la Sentencia que alberga el mandato, el pronunciamiento jurídico sobre la cuestión debatida, debiendo decidir sobre todo el contenido del *petitum*. Se trata, en suma, de la decisión del proceso o litigio.

Así las cosas, da la impresión, en una primera aproximación, de que la Cuestión de Inconstitucionalidad sólo puede suscitarse en el seno de una *litis*, de un pleito, de una disputa en juicio en la que median pretensiones procesales o declaraciones de voluntad por las que se solicita la actuación de un órgano jurisdiccional para la tutela del ordenamiento jurídico con referencia a un caso concreto, invocando un derecho frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. Pues, sólo en estos casos existirá fallo –por ende, una sentencia– que resuelva la disputa.

En un expediente de celebración de matrimonio civil o de adopción, empero, no se suscita contienda entre partes concretas e individualizadas, es decir, no existe litigio. Sin embargo, en ambos casos la intervención de la Autoridad Judicial es precisa. En el expediente matrimonial, para la aprobación o denegación de la celebración del matrimonio civil (*ex* artículo 247, párrafo segun-

25. En adelante, TC.

do, del Reglamento del Registro Civil²⁶), adoptando la decisión judicial la forma de Auto. En el expediente de adopción, para la válida constitución de este vínculo jurídico (artículo 176.1 del Código Civil), también mediante Auto.

Planteada, de este modo, la *quaestio* que concita nuestra atención, la pregunta es de inmediato surgimiento: ¿Resulta posible el planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad en el seno de un expediente matrimonial o de adopción?

Dejando a un lado la concreta naturaleza jurídica de ambas figuras –pues su estudio excede del propósito de estas líneas²⁷–, es lo cierto que de las salas del TC han emanado numerosos pronunciamientos que abocan a una respuesta favorable. Veamos esto más de cerca:

1. Es doctrina reiterada del TC la que sostiene que no todo defecto formal entraña la inadmisión de la Cuestión de Inconstitucionalidad, debiendo predominar, frente a rigorismos formales, la finalidad de depuración objetiva del ordenamiento a la que atiende este proceso constitucional y la colaboración que, para ello, prestan los órganos jurisdiccionales (por todas, SsTC 127/87, 155/87, 19/88 y 141/88). Este criterio flexible resulta extensible a la valoración del denominado “juicio de relevancia” y, en general, al examen de la admisibilidad de la Cuestión, lo que se justifica por la conveniencia de que las cuestiones planteadas por los órganos judiciales encuentren, siempre que sea posible, solución por sentencia, al objeto de contribuir a esa depuración del ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la Constitución gracias a la cooperación entre los órganos judiciales y el TC.

26. Aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958.

27. Sobre esta cuestión, R. DURÁN RIVACOBA, “El expediente civil previo a la celebración del matrimonio en la reforma del Reglamento del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, n° 40 (30 octubre-5 noviembre, 1989), en especial pp. 3141 y ss.

2. Sólo procederá el rechazo procesal de la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada no es, en modo alguno, aplicable al caso o aparezca manifiestamente constitucional²⁸.

3. El artículo 120.3 de la CE también habla en exclusiva de “sentencias” (“las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”). Sin embargo, nuestro TC –por ejemplo, en Sentencia 14/91, de 28 de enero– ha señalado que “aunque el artículo 120 de la CE se refiere sólo a sentencias, también desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial existen las mismas razones para exigir la motivación de los autos”. Es decir, la interpretación que el Alto Tribunal viene realizando de dicha norma fundamental ha implicado extender un requisito –el de la motivación–, sólo previsto inicialmente para las sentencias, a un tipo de resolución judicial –el auto– ajeno a la literalidad del precepto.

4. Confirmando lo anterior, y volviendo al concreto ámbito de las Cuestiones de Inconstitucionalidad, el TC ha afirmado que la utilización de las palabras “fallo” y “sentencia” en el artículo 163 de la CE y 35.2 de la LOTC, respectivamente, no impide que los Autos, en cuanto resoluciones motivadas sobre cuestiones incidentales en el sentido más amplio de la expresión, u otras resoluciones judiciales, puedan dar lugar a una Cuestión de Inconstitucionalidad. Tal Cuestión surge respecto a una ley de cuya validez dependa la decisión judicial, *pudiendo plantearse tanto si ésta adopta la forma de sentencia como la de auto*, pues la razón es la misma en uno y otro caso. Por tanto, *el vocablo fallo del artículo 163 de la CE significa el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal* (SsTC 76/82, de 14 de diciembre; 54/83, de 21 de junio; 95/88, de 26 de mayo; 55/90, de 28 de marzo; y 186/90, de 15 de noviembre, entre otras). Entre tales resoluciones judiciales

28. SsTC 17/81, 103/83, 3/88, 76/90, 142/90, 157/90 y 27/91.

cabe incluir las que se dictan para que se ejecuten otras previas decisiones judiciales, ya que también aquí pueden surgir problemas de constitucionalidad (STC 54/83, de 21 de junio) o las que se adoptan en materia de competencia (STC 95/88, de 26 de mayo).

5. Respecto al requisito de la concurrencia de “un proceso” para poder plantear la cuestión de inconstitucionalidad, un detenido análisis de la jurisprudencia del TC abona la conclusión de que el Tribunal Constitucional ha venido haciendo una interpretación *flexible* de este requisito, estimándolo cumplido no solo ante la presencia de un proceso en sentido estricto sino también cuando curse cualquier actuación judicial en la que deba aplicarse una norma legal, sin perjuicio del posterior “juicio de relevancia” que siempre ha de hacerse para acreditar que el fallo realmente depende de la aplicación de la norma de cuya constitucionalidad se duda fundadamente²⁹.

6. En esta línea *flexible* se pronunció, con motivo de una intervención judicial que tuvo lugar para garantizar la efectividad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución forzosa de actos administrativos acordados en vía de apremio tributario, la STC 76/1992, de 14 de mayo, cuyo F.J. 2^a admite que cuando deba aplicarse una ley en el curso de unas actuaciones *sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo*, en las que los órganos judiciales ejerzan un poder de decisión, no podrá negarse su legitimación para plantear las dudas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

29. A este respecto, P. SAAVEDRA GALLO, *La duda de inconstitucionalidad*, Córdoba, 1986, pp. 161-162, observa: “No existen motivos para establecer distinciones entre las diversas actividades en que intervienen los órganos judiciales: en todas ellas siempre que el juez o tribunal debe aplicar una norma legal, podrá, si existen dudas, plantear la cuestión de inconstitucionalidad. A estos efectos, por tanto, la distinción entre procesos contenciosos y actos de jurisdicción voluntaria carece de relevancia”.

También se ha seguido idéntica línea argumental en los procedimientos seguidos ante los Jueces de Menores³⁰.

7. Con estos criterios³¹, no debería haber gran dificultad para sostener que las cuestiones de inconstitucionalidad puedan promoverse también en los expedientes previos a la autorización de matrimonio civil –ya se les conceptúe como actos de jurisdicción voluntaria o actos de naturaleza jurídica especial³²– pues en ellos no falta el elemento básico de que se trata de actuaciones judiciales en las que se ejerce un poder decisorio³³. Algo similar ocurre con los expedientes de adopción.

30. Cfr. STC 36/1991, de 14 de febrero F.J. 2º.

31. Criterio del que participa la doctrina que ha estudiado más de cerca la cuestión de constitucionalidad. Véase: J.L. REQUEJO PAGÉS, Letrado del Tribunal Constitucional y Coordinador de la Obra Colectiva *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE Madrid, 2001. pp. 517 a 519; J. GARCÍA ROCA, “El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juez ordinario: el caso del Juez civil”, RCG 27 (1992), p. 131. y P. SAAVEDRA GALLO, ob. y loc. cit.

32. Cfr. R. DURÁN RIVACOBA, ob. y loc. cit.; G. GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en Derecho español*, Madrid 1959, p. 189; P. RALUY, *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de diciembre de 1987.

33. A mayor abundamiento, existe un Auto (el ATC 261/1998, de 24 de noviembre), en el que nadie objetó la admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en un expediente de jurisdicción voluntaria sobre esterilización de incapaz. El Auto 140/1997, de 8 de mayo) inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad planteada en el curso de un procedimiento en el que se imponía una sanción por incomparecencia al acto de selección de un Tribunal del Jurado. En este caso, el TC entendió que *el carácter gubernativo de la sanción* impedía que el procedimiento previo a su imposición pudiera asimilarse al *proceso* del que habla el artículo 163 de la Constitución. Sobre este auto, conviene precisar, como hace C. DOMÍNGUEZ, ob. cit., lo siguiente: Los pronunciamientos del TC en materias que entran de lleno en el ámbito de la legalidad ordinaria han de ser acogidos con cierta cautela. Máxime si, como en este caso, el órgano superior de la jurisdicción ordinaria –el TS– mantiene una postura divergente con la del TC a propósito de la naturaleza jurídica de las sanciones impuestas por órganos judiciales. En efecto, si bien en el ATC 140/1997 se asigna a tales sanciones el carácter de “gubernativas”, la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 19 de julio de

2. La estricta objeción de conciencia

A) Cuestiones generales

Despejado –creo– el problema de la objeción de legalidad, vamos a la cuestión de la objeción de conciencia stricto sensu. Esta cuestión afecta, no sólo a los jueces, sino también a los alcaldes o concejales. Recordemos que según la modificación del Código Civil en esta materia, en conexión con la Instrucción de 26 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros, los alcaldes intervienen en la celebración de matrimonios civiles, bien

1996 (Ponente: Xiol Ríos), entiende que “las sanciones que impone la Sala de gobierno tienen naturaleza meramente jurisdiccional, lo que veda la posibilidad de su impugnación por medio del recurso contencioso-administrativo”. Así las cosas, entiendo que lo más adecuado es considerar el supuesto de hecho enjuiciado en el ATC 140/1997 como un caso de aplicación automática de preceptos legales (a la que alude la STC 76/1992), al margen de toda facultad decisoria del Tribunal. Y es que, en verdad, es así. El artículo 39.2 de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, establece que “el Magistrado-Presidente (del Tribunal del Jurado, se entiende) impondrá la multa de 25.000 pesetas al candidato a jurado convocado que no hubiera comparecido a la primera citación ni justificado su ausencia. Si no compareciera a la segunda citación, la multa será de 100.000 a 250.000 pesetas. Al tiempo de la segunda citación, el Magistrado-Presidente acordará que se les advierta de la sanción que les puede corresponder si no comparecen. En la determinación de la cuantía de la segunda multa se tendrá en cuenta la situación económica *del jurado que no ha comparecido*”. Como vemos, en el caso de incomparecencia a la primera citación, la norma define taxativamente la conducta típica sancionable y la multa a imponer en tal caso. El Magistrado-Presidente se ha de limitar a “aplicar automáticamente” el precepto. En el caso de incomparecencia a la segunda citación, la norma sólo permite al juez valorar, en la imposición de la multa, la situación económica del jurado. Sin embargo, ello no implica el ejercicio de un poder decisorio, pues, por un lado, el juez ha de moverse dentro de unos límites dinerarios marcados por la propia norma legal (entre 100.000 y 250.000 pesetas), y, por otro, no se permite a éste examinar la concurrencia o no de la conducta típica o valorar la posibilidad de sancionarla o no (lo que sí constituiría facultad decisoria), pues el grado de definición de esta conducta en el artículo es tal que tan pronto se produzca la incomparecencia a la segunda citación habrá de imponerse sanción.

cuando no hay en el municipio juez encargado del Registro Civil o cuando los mismos contrayentes lo eligen en sustitución del juez. Diferenciaremos, pues, jueces de alcaldes, aunque planteando antes algunas cuestiones comunes a unos y otros.

La primera cuestión es si el contenido de una negativa a celebrar estos matrimonios entra dentro del radio de acción de una verdadera objeción de conciencia. Según los órganos de Estrasburgo —en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— para que una objeción de conciencia pueda considerarse digna de ser tomada³⁴ en consideración, es necesario que las convicciones que la apoyen provengan de un “sistema de pensamiento coherente y suficientemente orgánico y sincero”. En el caso de su oponibilidad en la aplicación de los matrimonios homosexuales, esta objeción de conciencia tiene esas características, pues la concepción heterosexual del matrimonio, tiene tras de sí una ininterrumpida tradición histórica y el parecer constante y universal de las grandes confesiones religiosas. En el concreto caso de un católico que ejerciera esa objeción, tendría como cobertura jurídica y moral la conceptualización, por parte de su Iglesia de este tipo de

34. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace notar que no toda ideología goza de la protección otorgada por el art. 9 y el art. 2 del Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino solamente aquellas que merecen el nombre de “convicciones” o “creencias”, aunque no se apoyen en consideraciones religiosas. Así, en relación con el art. 2 del Protocolo I del Convenio, el TEDH (Sentencia Campbell y Cosans (25 febrero de 1982), n.36) ha declarado que “la palabra ‘convicciones’ no es sinónima de ‘opinión’ e ‘ideas’, tal como las emplea el art. 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión”, sino que únicamente “se aplica a la opinión que alcanza determinado nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia”. De modo semejante, la Comisión ha afirmado —en relación con el art. 9— que la expresión “creencias” supone una “visión coherente de los problemas fundamentales” (Dec. Adm.8.741/79, Decisions and Reports, 24, p. 138). Sobre este extremo: J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Derecho Eclesiástico del Estado*, v. II (1986), pp. 418 y ss.

matrimonios, como “una flagrante negación de datos antropológicos fundamentales y una auténtica subversión de los principios morales más básicos del orden social”³⁵. Quien actuara por motivaciones no religiosas, sino éticas o de orden laico, tendría tras de sí toda una historia jurídica de siglos, y el parecer constante y universal de todas las culturas que conceptúan el matrimonio como “coniunctio maris et foeminae”³⁶.

La segunda cuestión es la posibilidad de ejercer una modalidad de objeción de conciencia no expresamente contemplada en la ley³⁷.

En este punto, inicialmente, parece haber posiciones no estrictamente concordes en el propio Tribunal Constitucional. Efectivamente, a la pregunta que la doctrina se hace respecto a si cabe hablar de un derecho a la objeción de conciencia en general³⁸, la STC 161/1987, de 27 de octubre, respondía: “la objeción de conciencia

35. Nota del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española, 5 mayo 2005.

36. Sobre este punto, R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, pp. 89 y ss.

37. La Comisión de Justicia del Senado admitió una enmienda transaccional en la que se acepta la objeción de conciencia de jueces y alcaldes en estos términos: “Las autoridades y funcionarios de todo tipo que, debiendo intervenir en cualquier fase del expediente matrimonial entre personas del mismo sexo, adujesen razones de conciencia para no hacerlo, tendrán derecho a abstenerse de actuar”. Asimismo, indica que “la administración o corporación a la que perteneciese la autoridad o funcionario que se acogiere al derecho de objeción de conciencia, proveerá que quienes tengan derecho a contraer matrimonio puedan efectivamente contraerlo”. La propuesta se aprobó con 13 votos a favor, del PP y CiU, 11 en contra, del PSOE, y una abstención, del PNV. Sin embargo, el Congreso la eliminó al levantar el veto que a la ley había opuesto el Pleno del Senado.

38. Un buen resumen de las diversas posiciones puede verse en M. GASCÓN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid 1990, pp. 255 ss. En lo que concierne a la posición del Tribunal Constitucional, vid. el trabajo de R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pp. 104-107.

con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto” (FJ 3). Sin embargo, esta nítida toma de postura contrasta con la igualmente contundente sentada en la STC 53/1985, de 11 de abril. En un *obiter dictum* de la misma, referido a la objeción de conciencia al aborto, señalaba: “por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia (...) existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales” (FJ 14).

Como se observa, el TC, en la Sentencia 161/1987, parece desvincular la objeción de conciencia de la norma constitucional que garantiza la libertad religiosa o ideológica, es decir, el art. 16.1 CE. Sin embargo, en la del año 1985 claramente las ponía en conexión. Lo que se confirma todavía con mayor claridad en la STC 15/1982, de 23 de abril, también referida a la objeción de conciencia al servicio militar, en la que se lee: “puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española” (FJ 6).

La contradicción intenta ser salvada por el TC calificando la objeción de conciencia como un “derecho constitucional autónomo pero no fundamental”³⁹, aunque es sintomático de la perplejidad

39. Cfr. STC 160/1987, de 27 de octubre (FJ 3), y Providencia TC de 28 de junio de 1990.

del TC que el propio ponente redactor de la Sentencia 160/1987, en un voto particular, calificara el derecho a la objeción de conciencia como “derecho fundamental”, derivado del derecho más amplio de la libertad ideológica e incluido en la libertad de conciencia o, al menos, “íntima y necesariamente conexo al mismo”⁴⁰.

En todo caso, creo que la aparente tensión entre sentencias está siendo superada por la realidad. Y ésta pasa por las siguientes coordenadas:

a) El TC ha aceptado en la citada STC de abril de 1985 la objeción de conciencia al aborto, con la sola cobertura del art. 16 de la Constitución, pues la vigente ley de aborto española, como es sabido, es una de las pocas leyes del mundo que no contiene cláusula de conciencia protectora del personal médico y paramédico⁴¹;

b) El TS, en sentencia reciente de 24 de abril de 2005, acepta, *obiter dictum* y sin mayor cobertura legal que el art. 16 de la Constitución, la objeción de conciencia de los farmacéuticos a la expedición de la llamada “píldora del día después”, en estos términos: “También, en el caso de la objeción de conciencia, su con-

40. Cfr. apartado 1 del voto particular del magistrado Sr. De la Vega Benayas. Sobre estas contradicciones, vid. el trabajo de R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *El factor religioso...*, cit., p. 107. Por su parte la STC 15/1982, FJ.6 expresamente dice: “Y puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión ‘la ley regulará’, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la ‘interpositio legislatoris’ no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para ‘regular’ el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”.

41. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, “La objeción de conciencia”, en el vol. *Bioética y Justicia. Actas del Seminario conjunto sobre Bioética y Justicia*, organizado por el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, en especial pp. 318 y ss.

tenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el art. 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 medicamento...” (FJ, 5);

c) El TC en sentencia 154/2002, de 18 de julio, acepta la objeción de conciencia de unos padres que se niegan aconsejar a su hijo, contra sus convicciones, a recibir un tratamiento hemotransfusional. En el caso examinado –sin más cobertura que el art. 16 de la Constitución– declara que una vez que los padres del menor posibilitaron la acción tutelar del poder público, llevándolo a varios hospitales y aceptando pasivamente las decisiones médicas, contradice su derecho a la libertad religiosa exigirle una actuación suasoria sobre el menor o permisiva de la transfusión, yendo más allá de lo que les era exigible como garantes de la vida del menor⁴²;

d) Al referirme a la posición del TC sobre otras objeciones de conciencia planteadas por funcionarios en el ejercicio de su cargo, ahondaremos algo más en esta cuestión. Baste ahora concluir que, con estos ejemplos, queda clara la no necesidad de la “interpositio legislatoris” para que una determinada objeción de conciencia opere en el ordenamiento español.

Aclaradas estas importantes cuestiones, que afectan a todos los que han de autorizar esos matrimonios, ahora el trabajo ha de bifurcarse, tratando separadamente las objeciones de conciencia de jueces encargados del Registro Civil y alcaldes o concejales.

42. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, “La objeción de conciencia”, ob. y loc. cit., pp. 166-167

B) *La objeción de conciencia de los jueces*

a) Introducción

El problema de la objeción de conciencia de los jueces conecta con el más amplio de la objeción de conciencia de los servidores públicos, en especial los adscritos a la función pública. Es esta una cuestión debatida, que requiere –aparte de las cuestiones ya abordadas– una atenta consideración. Pero antes de abordar el problema veamos si el juez encargado del Registro civil dispone, aparte de la ya analizada objeción de legalidad, de algún otro expediente exculpatorio para eludir su asistencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

En esta línea se han planteado las siguientes salidas⁴³. La primera, alegar una causa de abstención: la de tener interés directo o indirecto en el asunto que debe resolver, lo que le haría perder imparcialidad. Interés que se traduciría en que la ley que debe aplicar pugna con su conciencia, pudiendo ser origen de un prejuicio⁴⁴. Otra posibilidad sería, según la organización de nuestro sistema de Registro Civil, delegar en un juez de paz la celebración de un matrimonio homosexual. En fin, de existir varios jueces encargados del Registro, puede plantearse que acuerden el re-

43. J.L. REQUERO, “Una ley injusta que genera violencia”, *Alfa y Omega* (2.VI.05), p. 5.

44. Cfr. artículo 219 Ley Orgánica del Poder Judicial. Este mismo artículo ha sido aludido también para justificar otra posible objeción de conciencia del juez. Así, S. SIEIRA, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, 2000, pp. 224 y ss., sostiene que es necesario completar el consentimiento de la menor para considerarlo válido a efectos de la despenalización del delito de aborto. En caso de discrepancia entre la menor y sus representantes legales, no parece existir otra solución que el nombramiento de un defensor judicial, con la consiguiente intervención del juez. En este caso, su punto de vista es que cabe la objeción de conciencia del juez, precisamente argumentando su posición sobre la base del art. 219 de la LOPJ.

parto del trabajo de manera que celebren esos matrimonios los que no tengan óbice moral.

Hechas estas aclaraciones, volvamos al hilo central del discurso. En materia de objeción de conciencia de servidores públicos, tanto el derecho extranjero como el español de algún modo la han autorizado.

b) Derecho comparado

Por ejemplo, en Norteamérica, la Corte de Distrito de Columbia en el caso *Haring*⁴⁵ resolvió el siguiente supuesto. Paul Byrne Haring, funcionario del Servicio Interno de Rentas Públicas (IRS) se negaba habitualmente a calificar las peticiones de exención de impuestos de organizaciones que practicaban el aborto, pasándolas a otros compañeros del Servicio. Cuando le correspondió ascender, el IRS se lo negó aduciendo que su ejemplo podría “seducir” a otros funcionarios. El Tribunal dio la razón a Haring estableciendo: 1) El IRS, como cualquier otra empresa, debe acomodarse a los disonamientos de sus empleados basados en razones de conciencia; 2) Tales conductas, cuando no son dañinas para el Estado, pues pueden llevarlas a cabo otros funcionarios, han de ser protegidas, ya que “la libertad no está limitada a las cosas que parecen importantes: eso sólo sería una sombra de libertad”⁴⁶.

En el concreto caso de uniones de homosexuales, Dinamarca ha introducido en su ley de “parejas de hecho” (prácticamente idéntica a las leyes que regulan el matrimonio entre homosexuales) cláusulas para defender la conciencia de concretas personas que pueden intervenir en esas uniones. Así, excluye a las uniones

45. Federal Supplement, vol. 471, p. 1172 (District of Columbia), 1979.

46. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, “La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español”, *Anuario Derecho Eclesiástico del Estado*, v. II (1986), pp. 280-282.

de homosexuales de la libertad de elección, vigente en Dinamarca para el matrimonio heterosexual, entre una celebración religiosa o civil. Precisamente para que los pastores de la iglesia luterana oficial (que tienen condición equiparable a los funcionarios) no se vean compelidos a intervenir en la celebración de esos matrimonios. Y en el proceso de divorcio entre parejas homosexuales, al que se aplica el mismo procedimiento que para el matrimonio heterosexual, no se puede solicitar (como expresamente se prevé en la disolución de matrimonio heterosexual por divorcio) la mediación de un clérigo luterano para intentar la reconciliación entre los *partners*. Son medidas que el propio legislador prevé, adelantándose a actitudes que, la oposición a la ley en el trámite de su elaboración, ha manifestado como muy posibles⁴⁷. Más recientemente, el Tribunal Supremo de Canadá⁴⁸ ha debido abordar la siguiente cuestión que le ha planteado el Gobierno: “La liberté de religion, que garantit l’alinéa 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés, protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d’avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses?”. La respuesta del Tribunal Supremo ha sido afirmativa⁴⁹. Dictada la ley que reconoce la ope-

47. Esta limitación fue introducida el 19 de diciembre de 1989 (Act. 821/1989), completando la Lov om registreret partnerskab de 1 de octubre de 1989. Sobre estas leyes: M. HOJGAARD PEDERSEN, “Danemark: Le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divorce et la séparation”, en el vol. *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, pp. 127 y ss.

48. Dictamen n. 29866, 9 diciembre 2004.

49. Esta es la parte de la respuesta del Tribunal que nos interesa: “Le droit à la liberté de religion consacré à l’al. 2a) de la Charte englobe le droit de croire ce que l’on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement nos croyances religieuses et le droit de les manifester par leur enseignement et leur propagation, par la pratique religieuse et par le culte. L’accomplissement de rites religieux représente un aspect fondamental de la pratique religieuse.

Il semble donc clair que le fait d’obliger les autorités religieuses à marier des personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses por-

ratividad en Canadá de los matrimonios entre personas del mismo sexo, dicha ley parece haber ampliado el radio de acción de la objeción de conciencia a toda persona que deba intervenir en los mismos. Este es el texto de la ley, en lo que a este punto concierne:

3. “It is recognized that officials of religious groups are free to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs.
3. Il est entendu que les autorités religieuses sont libres de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses.
- 3.1. For greater certainty, no person or organization shall be deprived of any benefit, or be subject to any obligation or sanction, under any law of the Parliament of Canada solely by reason of their exercise, in respect of marriage between persons of the same sex, of the freedom of conscience and religion guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the expression of their beliefs in respect of marriage as the union of a man and woman to the exclusion of all others based on that guaranteed freedom.
- 3.1. Il est entendu que nul ne peut être privé des avantages qu’offrent les lois fédérales ni se voir imposer des obligations ou des sanctions au titre de ces lois pour la seule raison qu’il exerce, à l’égard du mariage entre personnes de même sexe, la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou qu’il exprime, sur la base de cette liberté, ses convictions à l’égard du mariage comme étant l’union entre un homme et une femme à l’exclusion de toute autre personne”⁵⁰.

terait atteinte à la liberté de religion garantie à l’al. 2a) de la Charte. Il semble aussi qu’en l’absence de circonstances exceptionnelles –que nous ne pouvons pas prévoir maintenant–, une telle atteinte ne pourrait être justifiée au sens de l’article premier de la Charte”.

50. La ley ha entrado en vigor el 7 de julio de 2005.

c) Derecho español

En el derecho español es interesante la sentencia del Tribunal Constitucional 101/2004, de 2 de junio, que conoce un caso inverso de objeción de conciencia al que nos ocupa. Se trata de la negativa de un sub-inspector del Cuerpo Nacional de Policía a tomar parte en una procesión religiosa contra su voluntad. Su negativa fue rechazada por el superior (Comisario Jefe de la Brigada de Seguridad Ciudadana de Sevilla) entendiéndose que la asistencia ha de considerarse como un servicio profesional y no como estricta asistencia a un acto de culto religioso. Añadiendo que “los sentimientos religiosos no pueden aducirse en el ámbito laboral a la hora de prestar un servicio”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, posteriormente, da la razón al recurrente en amparo, basándose en el principio de que la libertad religiosa “incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”. Reconocimiento que lo es “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales”. Se otorga el amparo al recurrente, a pesar de que los superiores –apoyados por la Abogacía del Estado– entienden “que nos hallábamos ante un servicio propiamente policial, sin connotación religiosa alguna”. Igual criterio se había sentado, *obiter dictum*, en la sentencia del TC 177/1996, de 11 de noviembre. Aquí se trataba de la negativa de un militar profesional a participar en un acto que lesionaba su libertad religiosa. El criterio del TC es que aunque se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional, “debió de respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia, y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa”⁵¹.

51. Sobre ambas sentencias, vid. A. SEGLERS, *La laicidad y sus matices*, Granada, 2005, pp. 126-130.

Ciertamente, estos casos son de entidad diversa del de la objeción de los jueces en la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. Sin embargo, el trasfondo valorativo parece similar. Se trata de servidores públicos que, en el ejercicio de su cargo, se encuentran ante servicios contrarios a su conciencia (ya sea “religiosa” o “laica”) y que rechazan su realización aduciendo un derecho constitucional. Si no ponen en peligro el sistema jurídico, habría que amparar su conducta. Por lo menos, eso parece entender el propio Tribunal Constitucional.

Por otra parte, negarles a los jueces el derecho a la objeción de conciencia en estos supuestos podría suponer una discriminación que contradice el artículo 14 de la Constitución: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Tal vez por eso, Jesús Gonzalez Pérez⁵² hace notar que “si la objeción de conciencia se admitió para eludir el deber –que era el primero que la Constitución imponía a los españoles– de cumplir las obligaciones militares”, no puede negarse cuando la obligación impone ejercer una competencia para dar fuerza jurídica a algo tan contrario a la Ley natural como es el matrimonio entre personas del mismo sexo...

En fin, no parece que pueda prevalecer sobre esta objeción de conciencia el mandato del artículo 1.7 del Código Civil. Repárese que, por una parte, aunque este precepto habla de “deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan”, la LOPJ en sus artículos 217 y siguientes enseguida introduce toda una serie de “excusas” bajo el nombre de “abstenciones”. Por otra, el propio artículo 1.7 enmarca este deber en el respeto “al sistema de fuentes establecido”. Sistema de fuentes que implica la preeminencia de la Constitución sobre el resto del Ordena-

52. J. GONZALEZ PÉREZ, “Cuando se deslegitima el Derecho”, *Alfa y Omega* (2.VI.05), p. 7.

miento jurídico (art.9.1 CE), incluidas las normas que declaran los derechos fundamentales, es decir, los derechos que protegen al ciudadano (incluido el juez) frente al poder, y que son fuente inmediata de derechos⁵³.

Recientemente⁵⁴, ante la posibilidad de esta objeción, se ha aducido que la “objeción de conciencia no puede tener sentido ni contra prestaciones patrimoniales (impuestos) ni contra el mero cumplimiento instrumental de los deberes que la ley encomienda al funcionario público. Firmar la certificación de un acto jurídico entre dos personas que libremente lo consienten no exige ninguna prestación personal”.

Esta afirmación, si se me permite expresarlo así, parte de una visión arqueológica de la objeción de conciencia. En concreto, parte de aquellas formas históricas de objeción de conciencia que pasan por una prestación personal, es decir, de la objeción de conciencia militar. Es el prejuicio positivista de reducir la objeción de conciencia a lo legislado, es decir, a la objeción de conciencia militar o a aquello que se parece a la objeción de conciencia militar. Examinada más despacio, con esta argumentación no cabría conceptuar como formas de objeción de conciencia algunas admitidas por la doctrina, como la objeción de conciencia fiscal⁵⁵ –heredera del pacifismo laico que representaba la objeción de

53. Cfr. F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, V. 1, Madrid, 1979, pp. 51 y ss; F. GARRIDO FALLA, “Las fuentes del Derecho en la Constitución española”, en *La Constitución...*, cit., pp. 31 y ss.

54. Declaraciones del Ministro de Justicia, Sr. López Aguilar en el diario *El Mundo*, 13 julio 2005, p. 8.

55. E. DE MITTA, “L’obiezione fiscale é disobbedienza a leggi di ordine pubblico”, *Bolletino Tributario* (1986), pp. 869 ss; C. DI SALVO, “Saying ‘No’ to the War in the Technological Age, Conscientious Objection and the World Peace Tax Fund Act”, *De Paul Law Review* (1982), pp. 497ss; M.D. CEBRIÁ GARCÍA, “La objeción de conciencia fiscal”, en *Iustel*, Materiales para el Estudio del Derecho.

conciencia militar— o la objeción de conciencia a tratamientos médicos, admitida por el Tribunal constitucional en alguna de sus formas⁵⁶.

Por lo demás, habría que estudiar exactamente el significado de “prestación personal”, porque es evidente que en la objeción de conciencia al jurado (reconocida en el ámbito angloamericano⁵⁷) no hay una “prestación personal”, sino una prestación en calidad de miembro de jurado (una cualificación jurídica) y se realiza una acción jurídicamente relevante (paralela a la de firmar una certificación) por la que se lleva a una persona a la cárcel, aunque la Justicia se administre en nombre del Rey (en el caso de España). Por lo demás, se entiende aquí que la prestación es del Estado, no de la persona en cuanto que persona; en consecuencia, la persona es fungible, es cambiabile; por tanto, puede procederse precisamente a cambiar a la persona sin que el acto quede en modo alguno alterado. Admitir o no que un funcionario objete es cuestión de sensibilidad democrática al disenso.

Nada hay en la Constitución que abone con claridad esta tesis de “ausencia de cobertura”. Por una parte, la resistencia a la ley injusta es parte del espíritu de la Constitución de un país democrático. Por otra parte, no puede exigirse (como de hecho no se ha exigido a la propia ley de modificación del matrimonio) que la Constitución incluya dentro de sí una previsión expresa para el ejercicio de las libertades (en este caso, sí que hay un ejercicio de libertad). La limitación al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución debe interpretarse de modo restringido, preci-

56. Cfr. STC 154/2002, de 18 de julio; 137/90, de 19 de julio; 120/1990, de 27 de junio.

57. Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La objeción de conciencia a formar parte de un jurado en la nueva legislación española”, en VV.AA., *La libertad religiosa*, Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico, México, 1996, pp. 727 ss; J. FERRER ORTIZ, “La objeción de conciencia a formar parte del jurado”, en VV.AA., *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, I, Madrid, 2004, pp. 605 ss.

samente porque la objeción de conciencia no es una “ilegalidad más o menos consentida”, sino un derecho fundamental, que goza de una presunción de legitimidad jurídica. Nada impide que el poder judicial o el poder legislativo reconozcan una facultad a los funcionarios de este tipo. Como mucho, lo que la Constitución hace es, por ejemplo, modalizar el ejercicio de los derechos de los funcionarios; es lo que ocurre con el derecho de sindicación del artículo 28.

C) *La objeción de conciencia de los alcaldes*

Respecto a los alcaldes o concejales la situación no es estrictamente la misma: no son funcionarios, sino cargos políticos a los que o bien cuando no hay en el municipio juez encargado del registro civil o cuando los mismos contrayentes lo eligen por encima del juez, es cuando se pone en acto su competencia⁵⁸. Desde mi punto de vista tendrían derecho, también por razones de conciencia, a rechazar la celebración de la unión homosexual solicitada. No se olvide que en modo alguno esa actuación supondría una indefensión para los que reclaman el matrimonio, ya que siempre cabe la posibilidad de que celebre la unión objetada un concejal en quien delegue el alcalde⁵⁹, cuya conciencia no se vea alterada ante esa celebración.

A este respecto, es forzado traer a colación la STC 20/90, de 15 de febrero, en la que se sostiene que “la importancia de la libertad ideológica es tal que sin ella no serían posibles los valores superiores que nuestro ordenamiento jurídico propugna en el ar-

58. Instrucción de 26 enero de 1995 de la Dirección General de los Registros.

59. Cfr. art. 51.1 del Código Civil, según la redacción que le ha dado la LEY 35/1994, de 23 de diciembre de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes.

título 1.1 de la CE para constituir el Estado Social y Democrático de Derecho; prueba de ello es que la libertad ideológica, junto con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes –artículo 10– es fundamento de otras libertades y derechos fundamentales”. Esta amplia proyección de la libertad ideológica hace que no se agote únicamente en una dimensión interna de adoptar una posición intelectual ante la vida y de enjuiciar la realidad según personales convicciones, sino que comprende, además, una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas, que no puede padecer la injerencia de los poderes públicos. Así lo ha establecido el TC, en Sentencia 120/90, de 27 de junio.

Por otra parte, y como hemos visto, el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 24 de abril de 2005, ha admitido la objeción de conciencia de los farmacéuticos a la expedición de la llamada “píldora del día después”, sin mayor cobertura legal que la prevista en el artículo 16 de la Constitución.

Repitámoslo de nuevo, la objeción de conciencia se erige (así ha sido ya reconocido jurisprudencialmente, según se ha indicado) en una de las manifestaciones posibles del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto, consagrado en el artículo 16 de la CE. Forma parte, podríamos decir, del contenido esencial del mismo.

A su vez, el respeto a la libertad ideológica y religiosa representa una de las bases en las que se apoya la garantía de la dignidad de la persona, en cuanto ser humano. De hecho, el artículo 10 de la CE dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Si el derecho, configurado legalmente, que una persona tiene a contraer matrimonio con otra del mismo sexo colisiona con las convicciones ideológicas o religiosas que pueda albergar el Alcalde que ostenta la titularidad de la competencia para autorizar aquél, es evidente que, en

la práctica, se genera una pugna entre derechos: uno, de marcado carácter civil y conformación *ex lege*; otro, de carácter fundamental (artículo 16 de la CE). En esta pugna, es inevitable que triunfe este segundo.

Por lo demás, no debe olvidarse que el respeto a la dignidad del ser humano ha tenido ya su consagración legal en la esfera de las funciones públicas, lo que revela su importancia. Y aunque la condición de cargo político del Alcalde le exime de la sujeción al Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, no resulta ocioso destacar cómo el artículo 63.1, párrafo segundo, de dicho texto legal reconoce que “los funcionarios tendrán derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”, no ya en cuanto personas, sino en cuanto a su misma condición funcional⁶⁰.

60. Cuando en 1998 se discutió en Francia el llamado Pacto Civil de Solidaridad (PACS), que daba un estatuto legal a las uniones de hecho, también a las homosexuales, y las equiparaba en algunos derechos con el matrimonio, las Iglesias (católicos, protestantes, musulmanes y judíos) se manifestaron en contra. Pero también hubo una declaración, firmada por más de 18.800 alcaldes (unos dos mil de izquierda, seis mil de derecha y más de diez mil independientes), en “defensa del matrimonio republicano”, en la que se oponían a refrendar las uniones homosexuales. Y eso que el PACS, después aprobado, no tiene ni mucho menos el rango de matrimonio.

Los alcaldes firmantes de la declaración recordaban que la República hizo del matrimonio una celebración laica, presidida por el alcalde: “No hay otro acontecimiento en la vida del ciudadano, de su nacimiento a su muerte, que reciba tal honor”. Los alcaldes temían el descrédito que podía sufrir el matrimonio podía sufrir el matrimonio civil, al equiparar en ciertos derechos a las uniones homosexuales con el matrimonio.