

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

José Vicente Lorenzo Jiménez

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de Derecho Administrativo

SUMARIO

I.-EL CONCEPTO DE PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA.

II.-LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA. 1.-La prestación como deber u obligación. 2.-La prestación social sustitutoria como deber constitucional y fundamental. 3.-¿Constituye la prestación social sustitutoria una manifestación del deber de defender a España? 4.-El carácter público de la prestación y su carácter de recurso público. 5.-La prestación social sustitutoria como función pública.

III.-EL FUNDAMENTO DE LA PRESTACIÓN.

IV.-EL PRESUPUESTO DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA: LA EXISTENCIA DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. 1.-La relación de la prestación social sustitutoria con la objeción de conciencia y demás causas de exención del servicio militar obligatorio. 2.-La idea de sustitutoriedad. 3.-El carácter forzoso del servicio militar. 4.-Servicio militar obligatorio y Fuerzas Armadas. 5.-La mayor duración de la prestación social sustitutoria como garantía. 6.-Los sujetos a la prestación social sustitutoria. 7.-La prestación social sustitutoria y las mujeres.

V.-EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA. 1.-La existencia de una prestación. 2.-Carácter personal de la prestación. 3.-El carácter social de la prestación. 4.-La diferencia entre la prestación social sustitutoria y los deberes contemplados en los párrafos 3 y 4 del Art. 30 CE. 5.-¿Debe ser gratuita la prestación? 6.-El carácter forzoso de la prestación.

VI.-LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA COMO RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN. 1.-El concepto de las relaciones de sujeción especial. 2.-El principio de legalidad y la prestación social sustitutoria. 3.-La prestación social sustitutoria y los derechos fundamentales. 4.-La prestación social sustitutoria y las garantías jurisdiccionales.

VII.-LA NECESIDAD DE UNA LEY PARA LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA.

VIII.-LAS COMPETENCIAS SOBRE LA MATERIA.

Abreviaturas

BGG: Bonn Grund Gesetz.
BIMJ: Boletín Informativo del Ministerio de Justicia.
BJC: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*.
CC: Código Civil.
CE: Constitución Española.
CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CNOC: Consejo Nacional de Objeción de Conciencia.
CP: Código Penal.
ET: Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
LEF: Ley de Expropiación Forzosa.
LGT: Ley General Tributaria.
LHL: Ley de Haciendas Locales.
LPC: Ley de Protección Civil.
LRDFA: Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
LRJAP: Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
NEJ: Nueva Enciclopedia Jurídica.
PIDCP: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
RAP: Revista de Administración Pública.
RDU: Revista de Derecho Urbanístico.
REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC: Revista Española de Derecho Constitucional.
REP: Revista de Estudios Políticos.
RGD: Revista General de Derecho.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
TRLGP: Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.
TRLGSS: Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

I. EL CONCEPTO DE PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

El presente trabajo tiene por objeto analizar la institución de la prestación social sustitutoria tal como ha sido configurada por la norma constitucional. No entraremos, por tanto, en la regulación concreta que en su desarrollo ha hecho o pueda realizar el legislador.

La institución de la prestación social sustitutoria se contempla en el Art. 30-2 CE:

«La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria».

A la vista de este precepto, cabe definir la prestación social sustitutoria como una prestación de tipo social que deben realizar, en su caso, quie-

nes, encontrándose sujetos a realizar el servicio militar obligatorio, se encuentran exentos del mismo.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

1. LA PRESTACIÓN COMO DEBER U OBLIGACIÓN

Es indudable que la realización de una prestación constituye una situación de gravamen para el afectado.

La doctrina española, siguiendo a la italiana, distingue, dentro de estas situaciones pasivas, entre el deber, la obligación y la sujeción.

Así, García de Enterría y Fernández Rodríguez dicen que la distinción entre deber y obligación discurre por un camino paralelo a la de potestad y derecho subjetivo (1). Deberes y obligaciones son dos especies de un género común, los deberes en sentido amplio, en cuanto comportamientos, positivos o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad (2). En unos casos (deberes en sentido estricto) estos deberes operan en direcciones genéricas, de forma que los gravados por ellos no tienen frente a sí un sujeto determinado que sea titular de un derecho subjetivo propiamente tal a exigir de ellos el comportamiento en que el deber consiste, sino, todo lo más, un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del deber. Al igual que las potestades, tienen su origen directamente en la norma y no en ninguna relación o negocio jurídico concreto.

Otras veces, en cambio (añaden García de Enterría y Fernández Rodríguez), la situación de deber se produce en el seno de una relación jurídica dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación, y que, en consecuencia, tiene el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto, en la medida en que ese comportamiento viene impuesto en el marco de la relación considerada en atención,

(1) Previamente, para justificar el escaso desarrollo de la teoría de los deberes públicos frente a la de los derechos subjetivos, han indicado que los deberes se desprenden del reconocimiento mismo de las potestades públicas, de cuyo ejercicio en particular surgen eventualmente, lo cual hace innecesaria su afirmación específica.

(2) *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1993, pág. 33.

precisamente, a los específicos intereses del titular del derecho. Para este tipo de deberes específicos se reserva la denominación de obligaciones.

Entre el deber en sentido estricto y la obligación suele mediar, por lo tanto, un proceso de concreción semejante al que, con toda frecuencia, se produce entre la potestad y el derecho subjetivo, proceso que en este caso se resuelve en actos administrativos de *accertamento* o fijación, que en *atención a las circunstancias concurrentes en cada caso*, precisan en relación a un sujeto determinado el deber jurídico impuesto en la norma y el alcance concreto del comportamiento exigible al sujeto gravado (3).

A la vista de estas doctrinas, ¿nos encontramos ante un deber o ante una obligación de realizar la prestación social sustitutoria? En principio, podría pensarse que la prestación social sustitutoria es el contenido de un deber constitucional. Pero en seguida comienzan los problemas, porque la terminología que emplea la Constitución es confusa. Así, si se habla de obligaciones militares en el Art. 30-2 CE, está claro que, por lo mismo, habría que hablar de una obligación de cumplir la prestación sustitutoria. Pero la doctrina tampoco ayuda mucho, ya que ésta, a su vez, dice que el que realiza la prestación social sustitutoria se encuentra sometido a una relación de especial *sujeción*, concepto contrapuesto al de potestad. De esta forma se entremezclan categorías, contribuyendo a hacer oscuras las clasificaciones doctrinales.

Así las cosas, no consigo hallar la utilidad de la diferenciación, y es muy difícil averiguar en cada caso de qué situación de gravamen se trata. Por eso, de tratar de distinguir entre deber y obligación, parece que el criterio no debe ser el de la concreción, sino el de frente a qué o frente a quién se produce la situación. La situación pasiva es de deber frente al Ordenamiento jurídico; de obligación frente a la otra parte de la relación jurídica. No es, pues, el más claro el criterio de la concreción, según el cual hasta un determinado momento habría deberes (hasta el acto de con-

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 34. Para GARRIDO FALLA, el deber tiene un carácter abstracto, mientras que la obligación se refiere a un bien determinado. De la relación general de sumisión del individuo al Estado derivan los deberes públicos subjetivos. Son, pues, deberes públicos aquellos que se corresponden con el sistema de potestades administrativas y que consisten en una limitación por virtud de la cual un sujeto se ve compelido a una omisión, a una prestación activa de hacer o dar (*Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1987, pág. 359). No obstante, la categoría de los deberes constitucionales ha sido discutida por VARELA DíEZ, S., *La idea de deber constitucional*. REDC 4, 1982, pág. 69. ss. Vid. también, sobre las teorías acerca de las diferencias existentes entre los conceptos de deber y de obligación, ASIS ROIG, R., *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, 1991.

creción), y a partir de entonces habría obligaciones. Por el contrario, ambas situaciones pueden darse simultáneamente, porque no se excluyen entre sí: la situación de deber o de obligación depende de la perspectiva desde la que se mire.

2. LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA COMO DEBER CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTAL

La prestación social sustitutoria constituye un deber fundamental, al estar contemplado en el Título I de la Constitución («De los derechos y deberes fundamentales»). A su vez, la sección 2ª del capítulo II de este Título se denomina «de los derechos y deberes de los ciudadanos».

Al estar contemplado en la Constitución, se trata de un deber constitucional, lo que es importante a efectos de la aplicación del Art. 149-1-1º CE.

3. ¿CONSTITUYE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA UNA MANIFESTACIÓN DEL DEBER DE DEFENDER A ESPAÑA?

Una vez examinada la cuestión de si la prestación constituye el contenido de un deber u obligación, pasaremos a la cuestión de si se trata de un deber que puede ser incluido dentro del genérico de defender a España (Art. 30-1 CE). El Art. 30-1 CE dice que «los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España», y el 30-2 remite a la ley la fijación de las obligaciones militares de los españoles.

La cuestión puede plantearse con carácter más general: ¿Qué relación existe entre el deber de defender a España, previsto en el Art. 30-1 CE, y los demás preceptos de este artículo 30?

Recordemos que el Art. 30 contiene cuatro párrafos. El primero alude al derecho y al deber de defender a España. El segundo trata de las obligaciones militares de los españoles, aludiendo además al servicio militar obligatorio y a la prestación social sustitutoria. El tercero se refiere a la posibilidad de un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. Y el cuarto contempla la posibilidad de regular los deberes en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

Un sector doctrinal da un contenido muy amplio al concepto de defensa, haciéndolo equivalente a «servir a España», sea o no con armas (4).

(4) CÁMARA VILLAR, G., *La Objeción de Conciencia al Servicio Militar*, Madrid, 1991, pág. 222.

Según CÁMARA, la prestación social sustitutoria es una forma de cumplimiento del deber de defender a España:

«Todas las formas de prestación social sustitutoria son manifestaciones del deber general de servir a España, en sentido amplio, en situaciones de normalidad. Y algunas de ellas lo son (vgr., las tareas de protección civil) de la defensa nacional entendida en sentido estricto» (5).

«El deber genérico de defensa de España es denotación conjunta de todos los deberes cívicos para servicio de la comunidad nacional, que se diversifica en los deberes (autónomos conceptual e institucionalmente) que regulan los números 2, 3 y 4» (6).

«Tanto las obligaciones del soldado como las del objetor traen su causa del mismo deber constitucional de defender a España» (7).

No creo que pueda darse este sentido tan amplio a la idea de defender a España.

La CE opera con un concepto estricto de defensa. Así, el Art. 149-1-4º pone en conexión la Defensa con las Fuerzas Armadas. Ciertamente, ambos son conceptos diferentes, pero su misma conexión indica que para la Constitución están estrechamente relacionados. Por otra parte, distingue la Defensa de otros títulos, como pueden ser la seguridad pública (149-1-29) y los servicios sociales en sentido amplio (Art. 149-1-16, -17; 148-20, -21 CE). El concepto amplio de defensa mantenido por esta doctrina vaciaría de contenido muchas de las competencias de las Comunidades Autónomas: si, por ejemplo, la lucha contra la drogodependencia por cualquier medio es una forma de defensa nacional, las competencias sobre esta materia no deberían corresponder a las Comunidades Autónomas, sino al Estado, en virtud del Art. 149-1-4º CE.

Igualmente, el art. 97 CE maneja un concepto estricto de defensa, en donde tampoco tendría sentido incluir, por ejemplo, la lucha contra la marginación o la insolidaridad.

Por lo mismo, no cabe sostener que «conseguir la seguridad nacional en sus sentido más amplio es el objetivo de la defensa» (8), porque ello

(5) Op. cit., pág. 223.

(6) Págs. 221-222.

(7) Pág. 321. En igual sentido, J. OLIVER, *El deber constitucional de defender a España*, en FERNÁNDEZ SESGADO, F., *El Servicio Militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, Madrid, 1994, pág. 30.

(8) CÁMARA, op. cit., pág. 206.

supone ignorar la diferenciación que continuamente hace la CE entre la defensa (Art. 8, 30-1, 97-1, 149-1-4º) y la seguridad (104-1: «seguridad ciudadana»; 149-1-29: «seguridad pública»).

Además, la inclusión en el concepto de defensa nacional de las actividades realizadas como consecuencia de los diversos párrafos del Art. 30 CE implicaría que les fuera aplicables los preceptos del Código Penal que tienen por objeto proteger aquel bien jurídico. Por ejemplo, el Cap. III, Título XXIII, Libro II CP se denomina «de los delitos relativos a la defensa nacional» (Art. 598 a 604). De seguir la opinión que aquí se combate, estos preceptos sería también aplicables a quienes realizan la prestación social sustitutoria o cualquier servicio civil, lo que es absurdo. Por el contrario, el CP sigue un concepto muy restrictivo de la Defensa Nacional. El mejor ejemplo lo constituye el hecho de que el delito contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria (Art. 527 CP) se incluye en el Título XXI del Libro II (delitos contra la Constitución), no en el citado Título XXIII, relativo a los delitos contra la defensa nacional.

Está también el dato de que el Art. 30-1 CE refiere la defensa «a España», no a sus ciudadanos en singular, lo que parece aludir a una prestación *uti universi*, no *uti singuli*. El Art. 30-1 CE habla de defender a España: el acento se pone en la satisfacción de un interés de la colectividad globalmente considerada y no como resultado de la suma de intereses individuales. Como dice GUAITA, el destinatario del servicio de defensa, como de los demás servicios *uti universi*, es la colectividad en bloque, y el fin de este servicio se alcanza con sólo su prestación, sin necesidad de relaciones jurídicas ulteriores, pues en este servicio no hay particulares usuarios (9). Precisamente lo contrario de lo que ocurre con la prestación social, en que normalmente hay unos beneficiarios directos como consecuencia de la actividad administrativa.

Me parece también excesivo decir que cuando alguien realiza su prestación social, «además de contribuir a la defensa civil, se está preparando igualmente para realizar estas tareas en tiempo de guerra» (10). No creo que nadie haga la prestación con esa conciencia, ni tampoco creo que nadie la reciba así. Con la prestación se hace frente a necesidades presentes, no a futuribles.

En un sentido tan amplio, incluso la propia idea de la prestación social sustitutoria sería absurda, porque cualquiera, con su trabajo particular,

(9) *Derecho Administrativo Especial*, I, Zaragoza, 1969, pág. 69.

(10) CÁMARA, op. cit. pág. 212.

estaría en cierto modo defendiendo a España, sin necesidad de prestación alguna, ya que ese trabajo también podría considerarse como una preparación para esos supuestos excepcionales.

Por otra parte, de seguir el concepto amplio de defensa de CÁMARA, tal concepto no sólo debiera abarcar los deberes previstos en los demás párrafos del Art. 30, sino a todos los del Art. 31. En efecto, el razonamiento de Cámara no tiene por qué limitarse a las prestaciones personales, sino que es aplicable también a las patrimoniales; y en especial, a las obligaciones de naturaleza tributaria.

Una idea vulgar de defensa quizá pudiera incluir los supuestos de riesgo, catástrofe o calamidad públicas, y así, en concreto, el Art. 2 de la Ley Orgánica 6/80, de Criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, pone en conexión la idea de defensa con la idea de «cualquier forma de agresión», sin decir frente a qué o frente a quién, con lo que cabría entender la protección civil como una forma de defensa, en concreto frente a la agresión de elementos naturales o extraordinarios. En este sentido se pronuncia el Art. 21 de la citada Ley: «la defensa civil es la disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional, y también en la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias». Pero lo que nunca podrá hacerse es ampliar el concepto de defensa hasta el punto de que pueda abarcar las prestaciones en otros sectores como los servicios sociales, la asistencia sanitaria, etc., ni mucho menos incluir como modalidad de defensa un servicio civil para fines de interés general. Estirar tanto un concepto acaba haciéndolo impreciso e inservible. Realmente, la conexión que hay entre los cuatro párrafos del Art. 30 no es la de ser los tres últimos concreción del primero, sino que todos ellos se refieren, principalmente, a la existencia de prestaciones personales, aunque ni siquiera esto es del todo exacto, ya que, por un lado, cabe la posibilidad de entender incluidas ciertas prestaciones reales en el Art. 30 (por ejemplo, los deberes en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública pueden ser tanto personales como reales); y, por otra parte, el Art. 31 CE, que, en principio, parecía referirse exclusivamente a las prestaciones reales, alude también a las prestaciones personales, sino que es aplicables también a las patrimoniales; y en especial, a las obligaciones de naturaleza tributaria.

La sola mención de una prestación social presupone que no es una de las formas de defender a España, ni siquiera en su vertiente de la defensa civil.

En igual sentido, POMED SÁNCHEZ entiende que no es admisible una expansión tal del concepto que nos lleve a entender la práctica totalidad de las políticas públicas como integrantes de la política de defensa (11).

Por lo demás, tampoco cabe decir que el deber de defender a España coincida con las obligaciones militares de los españoles, pues puede haber obligaciones militares que no consistan en defender a España (por ejemplo, utilización de militares en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como es el caso de los soldados en la antigua Yugoslavia).

En definitiva, la opinión de que la prestación social sustitutoria es una de las formas de defender a España crea muchos más problemas que los que resuelve. Creo que aquí la doctrina peca de un seguimiento servil de los razonamientos de la doctrina italiana. Para ésta, la prestación social sustitutoria es una forma de defender a la Patria, pero ello por una razón muy simple: porque allí no está constitucionalizado el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Es éste un caso claro que demuestra que acudir al Derecho Comparado de forma acrítica puede ser contraproducente, cuando se olvidan los presupuestos en los que esa doctrina se basa. Al contrario que en Italia, en España hay una separación tajante con respecto al servicio militar. En efecto, en Italia el servicio sustitutivo se considera una de las formas de defender a la Patria. El Art. 52 de la Constitución italiana parte de la base de que «la defensa de la Patria es un deber sagrado del ciudadano» (párrafo primero); a continuación añade que el servicio militar es obligatorio, en la forma y con los límites que establece la ley (párrafo segundo); y por último, alude a las Fuerzas Armadas (párrafo tercero). Como se ve, el Art. 52 de la Constitución italiana es completamente diferente al Art. 30 CE ya que este último alude a muy diversos deberes constitucionales, cosa que no ocurre con aquél (12).

En lo que sí cabe estar de acuerdo es en que los Arts. 30-1 y 30-2 guardan una estrecha relación entre sí, más que con los demás párrafos de ese artículo; que el deber de defender a España no se agota en la existencia de obligaciones militares; y que éstas son, a su vez, más amplias que la de realizar el servicio militar. Por otra parte, la prestación social es sustitutoria del servicio militar, no del deber genérico de defender a España, ni

(11) *Objeción, insumisión y servicio militar obligatorio*, RAP 134, 1994, pág. 215.

(12) Aun así, no deja de ser un tanto exagerado considerar que la protección civil o los servicios sociales son formas de defender a la Patria, pero la redacción constitucional italiana no parece dejar otra solución. VENDITTI habla de una «noción amplia de defensa» (*Problemática actual de la objeción de conciencia al servicio militar*, RGD 1985, pág.

tampoco de las obligaciones militares diferentes a la del servicio militar obligatorio.

Con ello no queremos decir que el que realiza la prestación social sustitutoria no esté sujeto al deber de defender a España; simplemente queremos decir que tal deber nada tiene que ver con el contenido de la prestación, que simplemente es un sustitutivo del servicio militar obligatorio. Lo que caracteriza a tal prestación no es que sirva para defender a España, sino que sea social, que son cosas diferentes (13).

4. EL CARÁCTER PÚBLICO DE LA PRESTACIÓN Y SU CARÁCTER DE RECURSO PÚBLICO

La prestación es pública, en cuanto es exigida por un ente público, y origina una relación de Derecho Público (14).

La prestación, como tal, y desde el punto de vista del Estado, constituye un recurso público.

Los Hacendistas, en tal sentido, conciben las prestaciones personales como un recurso económico, a las que sin embargo critican por no tener en cuenta para nada la desigualdad productiva de los hombres, ni los distintos grados de riqueza, de tal modo que «todos los hombres sufren una cuota igual, y lo que para unos es una carga llevadera, para los otros puede llegar a ser insoportable». De ahí que postulen hacerlo todo lo más moderado, menos numeroso y más llevadero posible, para bien de los ciudadanos (15).

932); claro que entonces no se entiende su crítica a la dependencia del Ministerio de Defensa de quienes realizan la prestación social sustitutoria. Si ésta es una forma de defensa, lo lógico es que quienes la realicen dependan del Ministerio competente, es decir, el de Defensa.

(13) La doctrina ha puesto de manifiesto, en relación con la objeción de conciencia, que ésta no se refiere al deber de defender a España: la objeción de conciencia es *al servicio militar obligatorio*, no *al deber de defender a España*, y ello porque el deber de defender a España es algo más amplio que el servicio militar obligatorio (por ejemplo, Vid. MARTÍNEZ SOSPEDRA, RGD 523, 1988, pág. 1772; ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Madrid, 1993, pág. 264). Dice TRILLO que la objeción de conciencia se plantea como una repulsa total o global al servicio militar, y sólo a éste, con lo que quedan fuera de una eventual objeción las prestaciones de defensa excepcionales y los actos aislados que puedan presentarse en el desarrollo del servicio militar (TRILLO FIGUEROA, F., *Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española*, REP 12, 1979, pág. 139).

(14) Esta afirmación vale incluso cuando la prestación se realiza en el seno de una entidad privada.

(15) Así, hay una amplia tradición. Vid., por ejemplo, TOLEDANO, E., que decía esto a mediados del pasado siglo, en *Curso de Instituciones de Hacienda Pública de España*

Esta naturaleza tiene claros reflejos en la legislación relativa a la Hacienda. Así, por ejemplo, el Art. 2-h LHL dice que «la Hacienda de las entidades locales estará constituida por los siguientes recursos: ...h) Las demás prestaciones de Derecho Público», refiriéndose en los Arts. 118 y ss. a la prestación personal y de transporte.

La consecuencia de considerar la prestación social sustitutoria como un recurso público es de gran trascendencia, ya que resulta de aplicación el Art. 31-2 CE: «el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficacia y economía».

Pero frente a la generalidad de los recursos públicos de carácter dinerario, la prestación se trata de un recurso afectado. Dicho de otra manera: los recursos públicos, como regla, van a satisfacer todas las necesidades públicas con carácter general; no hay una vinculación entre ingresos y gastos (así, Art. 23 TRLGP, 27 LGT). Esto no ocurre con la prestación personal, en la que este recurso público se dirige directamente a satisfacer una necesidad concreta.

5. LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA COMO FUNCIÓN PÚBLICA

La doctrina incluye, entre las categorías del personal al servicio de la Administración, a quienes realizan prestaciones personales obligatorias (16).

Para GUAITA, los que realizan el servicio militar son funcionarios no permanentes (17), con lo que esta misma opinión sería aplicable a quienes realizan una prestación social sustitutoria.

Sin embargo, no parece posible compartir dicha opinión. No hay inconveniente en reconocer que quien realiza una prestación social sustitutoria se incorpora orgánicamente a la Administración; y que ejerce una función pública. Sin embargo, ello no significa que el que la realiza se convierta en funcionario en sentido estricto (18). Hoy día existe un con-

(ed. 1963, II, págs. 607 ss.). PIERNAS HURTADO consideraba que los servicios que el Estado se proporciona por medio de la coacción, haciéndolos obligatorios, constituyen un impuesto personal. Vid. *Tratado de Hacienda Pública*, Madrid, 1900, tomo. I, págs. 265 y ss.; vid. también t. II, Madrid, 1891, págs. 351 y ss.

(16) ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 2, Madrid, 1988, pág. 313.

(17) Op. cit., pág. 119.

(18) Con mayor exactitud, GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS dicen que existe un núcleo de personas que participan del ejercicio de funciones públicas, como deber impuesto por el soberano al súbdito, como deber cívico, aunque no son funcionarios en sentido estricto (*Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1968, pág. 316).

cepto muy preciso de funcionario público, y en él no cabe incluir a quienes realizan una prestación forzosa, al faltar las notas de voluntariedad, profesionalidad y carácter retribuido.

Nótese que este ejercicio de una función pública de carácter forzoso supone contemplar tal ejercicio no como un derecho (que es el punto de vista del Art. 23 CE), sino como un deber. Por otra parte, no parece aplicable a quienes realizan la prestación social sustitutoria lo dispuesto en el Art. 103 CE, en cuanto este precepto parece referirse exclusivamente a los funcionarios en sentido estricto.

¿Cabe entender que la prestación social sustitutoria es una forma de participación? GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ no consideran dentro del fenómeno de la participación en sentido estricto los supuestos de adscripción forzosa o conscripción permanente y general (que es el caso de la prestación social sustitutoria): en sentido estricto, la participación consiste en la «actuación ciudadana determinada por una apreciación libre del interés general, normalmente voluntaria, aunque eventualmente incluso forzosa —siempre que ésta no defina una situación relativamente permanente y general ni una ocupación estable— y no profesionalizada o retribuida dentro del intercambio de bienes y servicios» (19).

III. EL FUNDAMENTO DE LA PRESTACIÓN

La prestación social sustitutoria encuentra indudablemente su fundamento en el principio de solidaridad.

La Constitución, sin embargo, alude a la solidaridad de una manera muy parcial e incompleta. En efecto, la CE contiene muy escasas menciones a la solidaridad en su articulado; y la contempla, normalmente, como un deber de los poderes públicos, o como una limitación a la actuación de las Comunidades Autónomas. Así, el Art. 2 «reconoce y garantiza la solidaridad entre todas las nacionalidad y regiones». Según el Art. 138, «el Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el Art. 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular». El Art. 156-1 CE establece que «las Comunidades

(19) *Curso*, II, pág. 87.

Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles». El Art. 158-2 prevé la constitución de un Fondo de Compensación «con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad». Como puede observarse, en todos estos casos parece referirse a un deber impuesto a los entes públicos de conseguir la solidaridad.

Sólo en una ocasión se refiere la CE a la solidaridad como obligación de todos los ciudadanos. El Art. 45-2 CE habla de apoyarse en la «indispensable solidaridad colectiva» para «proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente».

No cabe, sin embargo, reducir la idea de solidaridad a estos preceptos constitucionales, porque, en definitiva, lo que fundamente a una sociedad cohesionada es la idea de solidaridad, idea que a su vez inspira a la CE en general. Por ejemplo, la Constitución italiana recoge esa idea amplia en su Art. 2, al mencionar de manera genérica el deber inderogable de solidaridad política, económica y social.

Y es que la solidaridad es una de las bases del Estado Social (Art. 1). Así, se fundamentan en la idea de solidaridad, en general, todos los deberes constitucionales y todo el Cap. III del título I CE.

Por otro lado, los poderes públicos han de promover las condiciones para que rija el principio de solidaridad entre los ciudadanos, de acuerdo con lo previsto en el Art. 9-2 CE.

Según ARIÑO, la solidaridad es ante todo, una virtud moral de carácter personal, es el fruto de una determinada concepción de la vida y de unos determinados valores en los que uno cree. El ejercicio de esa virtud de la solidaridad puede ser estimulado físcalmente (y de otras formas, cabe añadir), pero sobre todo debe ser promovido por convicciones morales en una sociedad sana. Sería más deseable que la solidaridad recayese sobre los individuos y las instituciones sociales que sobre el Estado (20).

En definitiva, es lo que, con otras palabras, decía el Art. 6 de la Constitución de 1812: «es una de las principales obligaciones de todos los españoles el ser justos y benéficos». Como tal, no parece una norma de conducta jurídicamente exigible, tal como la doctrina lo ha puesto continuamente de relieve. Pero al menos puede servir de título legitimador para que los poderes públicos promuevan y protejan el ejercicio de esa solidaridad.

(20) *Economía y Estado*, Madrid, 1993, pág. 92.

Pues, bien, como consecuencia de esta idea de solidaridad, la CE impone unos deberes a los particulares, entre los cuales se encuentran los previstos en los Arts. 30 y 31 CE.

IV. EL PRESUPUESTO DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA:

LA EXISTENCIA DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

1. LA RELACIÓN DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA CON LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DEMÁS CAUSAS DE EXENCIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

La prestación social sustitutoria se prevé potestativamente para los casos de «objección de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio». Es decir, cabe imponer una prestación social sustitutoria a quienes por cualquier causa estén exentos del servicio militar.

La CE no vincula la idea de la prestación social sustitutoria exclusivamente a la objeción de conciencia, sino a cualquier causa de exención del servicio militar obligatorio.

Si se tiene esto en cuenta, es fácil entender la expresión «en su caso» del Art. 30-2 y el carácter potestativo que en principio pudiera parecer que tiene la prestación social sustitutoria. No significa que quepa la posibilidad de una objeción de conciencia sin prestación social sustitutoria, porque ello violaría el Art. 14 CE (21). Así lo ha venido a reconocer la STC 15/82, que rechaza la posibilidad de inexistencia de una prestación social sustitutoria: «el principio de igualdad en las que el objetor de conciencia no goce de un tratamiento preferencial en el cumplimiento de este fundamental deber de solidaridad social» (22). La CE ha contemplado dos bienes constitucionales: por un lado, la objeción de conciencia; por otro, la existencia de un servicio militar obligatorio; y el legislador está obligado a compatibilizarlos.

Por tanto, la posibilidad de no imponer una prestación social sustitutoria queda reducida a aquellas causas de exención del servicio militar

(21) ESCOBAR, op. cit., pág. 283.

(22) Así, la doctrina en general, por ej., CÁMARA, pág. 239. TRILLO entiende que en el Art. 30-2 CE la prestación social sustitutoria aparece como una opción, no como la única solución; pero añade que la ratio de la norma supone que la prestación social sustitutoria debe ser siempre alternativa obligatoria para los objetores (op. cit., pág. 140).

obligatorio que por su propia naturaleza sean incompatibles con tal prestación. Por ejemplo, es claro que una incapacidad física o psíquica total que constituya causa de exención del servicio militar obligatorio determina también una imposibilidad de realizar cualquier tipo de prestación sustitutoria.

2. LA IDEA DE SUSTITUTORIEDAD

A) El Art. 30-2 CE habla de una prestación que es *sustitutoria* del servicio militar. ¿Qué significado tiene?

En principio, la idea de sustitución, en nuestro Derecho, hace referencia a una relación entre sujetos, a un fenómeno en virtud del cual *un sujeto* ocupa el lugar o la situación de otro y le reemplaza en el ejercicio de una actividad o función (23).

Así se ha entendido tradicionalmente en nuestro Derecho: el antiguo Art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 hablaba de la sustitución como un supuesto de excepción al principio de irrenunciabilidad de la competencia de los órganos administrativos.

Por otra parte, la causa material de la sustitución consiste en el incumplimiento del deber de actuar por parte de un órgano o ente. En tal sentido, la sustitución sería el instrumento o medio para combatir la inactividad (24).

Es claro que este fundamento no se adecúa al contenido de la prestación social sustitutoria, ya que en este supuesto no hay cambio de sujetos, ni inactividad alguna, y sí una opción por una prestación diferente a la principal. En este punto, parece abandonada definitivamente la posibilidad de instituciones como la sustitución o la redención, que tradicionalmente se han dado durante el siglo pasado en el servicio militar (25).

Por tales razones, hay que entender que el Art. 30-2, al hablar de la sustitución, se está refiriendo a la existencia de una obligación principal y otra que no lo es. La sustitución a la que alude el Art. 30-2 se refiere al contenido de la obligación: se sustituye la obligación principal (el servi-

(23) Así, por ejemplo, M. BASSOLS COMA, *Los problemas de la subrogación urbanística*, RDU, marzo-abril de 1969, pág. 19.

(24) BASSOLS, op. cit., págs. 26-27.

(25) Vid. el ya clásico estudio de N. SALES, *Servicio militar y sociedad en la España del siglo XIX*, en *Sobre esclavos, reclutas y mercaderes de quintas*, Barcelona, 1974, págs. 207 y ss.; últimamente, PUELL DE LA VILLA, F., *El soldado desconocido (De la leva a la «mili»)*, Madrid, 1996.

cio militar) por la secundaria (la prestación social sustitutoria). Ahora bien, para que pueda hablarse de obligación principal y de obligación secundaria, han de guardar la debida proporción. Pensemos en el caso de que todo el mundo prefiriera, en vez de cumplir las obligaciones (Art. 1088 CC), la responsabilidad subsidiaria (Art. 1911 CE). Es evidente que toda la economía de las obligaciones se vendría abajo, y habría que buscar otro tipo de soluciones.

Así pues, no parece muy correcta la utilización de la expresión «sustitutoria»; sería preferible hablar de prestación *subsidiaria*. Lo que se sustituye no es la persona, sino el contenido de la prestación.

B) La prestación social sustitutoria no es uno de los modos de prestar el servicio militar, sino algo esencialmente distinto al servicio militar, es un límite a la obligación general de prestar el servicio militar, y por tanto, se trata de un deber de *distinta naturaleza*. La doctrina italiana sostiene que se produce una convertibilidad de deberes, consistente en sustituir una determinada obligación de Derecho Público, que grava al ciudadano en virtud de una Ley, por una obligación, también de Derecho Público, pero de contenido diverso (26).

Existe, en efecto, una radical diferencia de naturaleza entre el servicio militar y la prestación social sustitutoria. Así, por lo pronto, quien realiza el servicio militar está sometido a una disciplina militar, íntimamente relacionada con la fuerte jerarquización de las Fuerzas Armadas, que impone unos deberes de carácter mucho más riguroso. Esta regla de la disciplina comprende también un sistema de sanciones destinado a asegurar, en caso de incumplimiento, la observancia de los deberes. Sanciones que pueden consistir incluso en privación de libertad. Y además implica una serie de restricciones de derechos fundamentales (27).

Ciertamente, en el caso del militar no profesional, el status es solamente reflejo, en cuanto pueda incidir en el servicio. Al no existir una adscripción personal permanente a la institución, sino tan sólo una integración ocasional y temporalmente limitada, no puede hablarse de un status definitivo, y las limitaciones o restricciones se imponen tan sólo para esa ocasión y tiempo (vid. Art. 182-2 Ordenanzas). Pero el hecho cierto es que estas restricciones y limitaciones existen.

(26) G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionale*, Milano, 1967, pág. 303.

(27) Vid. SERRANO ALBERCA, J. M., *La protección de las libertades públicas del militar*, RAP 103, 1984, pág.49.

Por el contrario, quien realiza una prestación social sustitutoria de carácter civil no está sometido a ninguna de estas restricciones. Parafraseando a la STC italiana de 31 de julio de 1989, está sometido a distintas cargas, a distinta disciplina, a distinto ordenamiento (28).

El problema del legislador, entonces, consiste en hallar un equivalente entre ambos deberes de naturaleza diferente para lograr un equilibrio ante las cargas públicas, evitando que pueda producirse discriminación entre los españoles.

Esta diferencia sustancial de naturaleza impide considerar que la prestación social sustitutoria pueda consistir en un servicio militar sin armas, como en determinados países se autoriza a los objetores de conciencia.

3. EL CARÁCTER FORZOSO DEL SERVICIO MILITAR

La CE contempla el servicio militar como algo diferente de las obligaciones militares; y es que ésta últimas abarcan un espectro mucho más amplio que el mero servicio militar. El contenido de las obligaciones militares no se limita a la prestación del servicio militar; sino que puede incluir otros supuestos: empréstitos forzosos de guerra, requisas militares forzosas, alistamientos, toques de queda o de apagar luces, etc. Supuestos que exceden de lo que es el servicio militar, e incluso que desbordan lo que pueden considerarse «obligaciones militares», y que encajan mejor como deberes de defender a España.

Pues bien, la prestación social sustitutoria tiene un carácter subsidiario con respecto al servicio militar obligatorio, no con respecto a las obligaciones militares de los españoles, ni con respecto al deber de defender a España. Por tanto, sólo tiene sentido hablar de prestación social sustitutoria si existe un servicio militar forzoso, ya que aquélla es una obligación subsidiaria con respecto a éste, que constituye la obligación principal.

¿Qué significa que el servicio militar sea obligatorio? La CE utiliza la expresión «obligatorio» también con respecto a la enseñanza básica (Art. 27-4 CE). Sin embargo, evita la expresión al referirse al cumplimiento de las resoluciones de los Jueces y Tribunales y de la colaboración requerida por éstos en el ejercicio de sus funciones (Art. 118), que es «obligado». Ocurre, sin embargo, que la expresión con la que la CE califica al servicio militar tiene un significado muy preciso en el Derecho de

(28) BJC 110, junio de 1990, pág. 119.

Obligaciones, por lo que quizá el término más adecuado para utilizar hubiera sido el de «forzoso».

¿Ha constitucionalizado el Art. 30-2 CE el servicio militar obligatorio; o, por el contrario, se limita a reflejar una situación existente en 1978, pero sin ánimo de mantenerla? Por poner un ejemplo, la CE menciona la Jurisdicción Contencioso-administrativa en el Art. 153-c CE, pero ello no significa que constitucionalice la existencia de dicha Jurisdicción: nada impediría que se suprimiese tal especialización; ni tampoco que la Jurisdicción Contencioso-administrativa se subespecializara, por ejemplo, distinguiendo entre Jurisdicción financiera; la urbanística, etc.

Entiendo que el primer término de la opción es el correcto. El Art. 30-2 no se limita a dar por supuesto un dato fáctico (la existencia de un servicio militar de carácter obligatorio) en 1978, sino que establece un mandato al legislador para que respete la existencia de un servicio militar de tales características.

En este contexto, la idea de servicio militar obligatorio se caracteriza por las notas de forzosa y generalidad (29).

A la vista del precepto constitucional, por tanto, la no forzosa del servicio militar queda excluida de las opciones del legislador, adquiriendo la cuestión unos matices que desbordan el aspecto meramente organizativo, y con independencia de que sean objeto de discusión las ventajas y los inconvenientes de un Ejército profesional. En este sentido, la STC 27-10-87 dice que la Constitución «ha constitucionalizado el servicio militar obligatorio».

Sin embargo, aunque la CE prevé la existencia de un servicio militar obligatorio, también prevé que la Ley regule la existencia de causas de exención, remitiéndose a la ley para regular las obligaciones militares de los españoles.

Estas causas de exención se regularán «con las debidas garantías». La doctrina y la jurisprudencia han interpretado la expresión «con las debidas garantías» del Art. 30-1 CE tanto en favor del servicio militar como

(29) Para TRILLO, el deber general del servicio de armas es uno de los primeros y de los pocos deberes constitucionalizados. La obligatoriedad del servicio aparece claramente en el Antiguo Régimen; pero la generalidad sólo se consigue desde el marco de la legalidad que parte de la Revolución Francesa (aunque existieron las redenciones o sustituciones). Ahora es un deber de tipo personal, cuyo contenido consiste en una prestación de servicios, forzosa, general y temporalmente limitada. Vid. TRILLO, op. cit. pág. 136. En contra de esta opinión, D. BLANQUER, *Ciudadano y soldado (La Constitución y el servicio militar)*, Madrid, 1996, págs. 48 y ss. La práctica va por este mismo camino, al propugnar la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas y el fin del servicio militar forzoso.

del propio objetor. Pero conviene resaltar la expresión «garantías»: ¿Se refiere a la existencia de una garantía institucional del servicio militar obligatorio? La cuestión puede ser interesante, en el sentido de plantearse si existe algún límite para el Legislador a la hora de contemplar esas causas de exención, pues no cabe duda de que una excesiva amplitud de las mismas podría hacer irreconocible la idea de un servicio militar obligatorio.

4. SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y FUERZAS ARMADAS

¿Qué conexión existe entre el servicio militar obligatorio y las Fuerzas Armadas? Las Fuerzas Armadas, según el Art. 8 CE, están integradas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, sin que sea determinante el que el personal integrado en ellas sea profesional o se encuentre realizando un servicio militar obligatorio, o tenga carácter mixto (30). La naturaleza forzosa, voluntaria o mixta del servicio militar no afecta a la esencia de las Fuerzas Armadas, ya que tal característica no aparece recogida en el Art. 8. Esto es importante resaltarlo, porque, si no existiera la mención al servicio militar obligatorio en el Art. 30-2, resultaría que todos los miembros de las Fuerzas Armadas deberían acceder con carácter voluntario al ejercicio de esa función pública, pudiéndoseles calificar sin duda ninguna como funcionarios públicos, y, en consecuencia, les sería aplicable lo dispuesto en el Art. 103-3 CE, con lo que su acceso a tal función pública debería hacerse con arreglo a los principios de mérito y capacidad; y asimismo tal acceso constituiría un derecho (Art. 23-2 CE), no una obligación. En tal sentido, el Art. 30-2 ha de entenderse como un límite a lo previsto en los Art. 103-2 y 23-2 CE.

En este marco, el bien constitucional protegido por la existencia de una prestación social sustitutoria, por tanto, no son las Fuerzas Armadas, sino el servicio militar obligatorio. En tal sentido, la obligación de prestar un servicio militar obligatorio no forma parte de la garantía institucional de las Fuerzas Armadas, al menos por lo que se refiere a la prestación individualizada de cada español: lo que sí formaría parte de tal garantía sería

(30) Por contra, LÓPEZ GARRIDO cree que no cabe la quiebra del servicio militar obligatorio mediante la introducción de un sistema de voluntariado o de selección; el ejército «de reservistas» frente al ejército de «cuartel» le parece la fórmula constitucional más adecuada. Vid. *La posición constitucional de las Fuerzas Armadas*, RAP 101, pág. 969.

la obligación genérica de que las Fuerzas Armadas tengan capacidad suficiente para defender a España (31).

5. LA MAYOR DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA COMO GARANTÍA

Una de las formas de garantizar la seriedad de la objeción de conciencia es la de establecer una duración de la prestación social sustitutoria superior a la del servicio militar forzoso. ¿Es esto constitucional?

La STC 160/87 ha sostenido la constitucionalidad de la mayor duración de la prestación social sustitutoria:

«En cuanto a su duración, el Defensor del Pueblo insiste en que la regulación legal atenta al principio de igualdad, con lo que, en realidad, viene a plantear un problema de igualdad de trato. Habría que probar, por tanto, que se dé o no una efectiva discriminación ante supuestos de hecho sustancialmente iguales y que la distinción no estuviera justificada o carente de un fundamento objetivo y razonable, lo cual no es el caso del recurso, porque aquellos supuestos de que se parte —servicio militar, prestación civil sustitutoria— no son similares, ni cabe equiparar la «penosidad» de uno y otro, ni tampoco olvidar que la prestación sustitutoria constituye, en sí un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas, exención que obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra, que excluye la asimilación matemática, no ciertamente razonable. Entra, pues, esa regulación impugnada dentro de los límites permitidos al legislador, dada la relación existente con la duración actual del servicio en filas, según también es norma general en otros países y conforme asimismo con la recomendación R (87) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que habla de «límites razonables»; como también es permisible, desde la perspectiva constitucional, la remisión

(31) Para TRILLO, las Fuerzas Armadas son una institución (op. cit., págs. 112 ss.). Algunos autores critican la idea de las Fuerzas Armadas como institución, y por tanto, niegan la idea de una garantía institucional (LÓPEZ RAMÓN, F., *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, 1987; BARCELONA, J., *La organización militar; apuntes jurídico constitucionales sobre una realidad estatal*, RAP 110, 1986, págs. 58 y ss., en especial, pág. 77). Pero parece que estos autores contraponen la idea de institución a la de formar parte de la Administración del Estado; cuando es obvio que ambas ideas no son incompatibles.

al Gobierno para fijar la duración del servicio dentro de los límites que establece el precepto, ya que se trata de una potestad organizativa que exige una discrecionalidad en atención a los medios y necesidades contingentes que puedan surgir según las circunstancias, campo propio de la potestad reglamentaria (Art. 97 CE), aparte de que el Gobierno ya viene sujeto al límite máximo establecido en dicho artículo, lo que excluye la arbitrariedad».

Sin embargo, esta doctrina ha sido sometida a numerosas críticas.

Por lo pronto, la Sentencia tiene varios votos particulares, incidiendo todos ellos en esta cuestión. El del Magistrado RODRÍGUEZ PIÑERO, al que se adhiere el magistrado GARCÍA MON, entiende que esa mayor duración está en contradicción con los Arts. 14 y 30-2 CE. Para él,

«la habilitación para regular estas garantías (las que alude el Art. 30-2 CE) no permiten al legislador establecer para todos los casos una notable prolongación de la prestación social sustitutoria como medida preventiva que trata de evitar posibles e hipotéticos fraudes, pues ello constituye un obstáculo innecesario para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, al existir otros instrumentos, que la propia Ley además contiene, para evitar ese innegable riesgo. En consecuencia, no puede reconocerse que el Art. 30-2 CE habilite al legislador a establecer este desproporcionado alargamiento, que puede llegar hasta la duplicación de la duración de la prestación social obligatoria frente a la duración del servicio militar, al que aquélla viene a sustituir».

Como se ve, el voto particular incide en que la garantía frente al fraude debería estar en el momento del reconocimiento, no en la duración. Pero aquél se ve una cierta contradicción con respecto a los votos particulares de los Magistrados de la VEGA BENAYAS y GARCÍA MON, que rechazan la constitucionalidad de la aportación externa de datos, documentos o testimonios, procedentes de terceras personas u organismos a la hora de resolver sobre el reconocimiento de la condición de objetor.

Por lo que se refiere al argumento de la distinta gravosidad de ambas prestaciones, el voto particular de RODRÍGUEZ PIÑERO argumenta lo siguiente:

«Tampoco resulta razonable, respecto a la duración del servicio militar, la notable diferenciación de trato, pese a la argumentación alegada de que la mayor gravosidad del servicio militar respecto a la prestación social sustitutoria, justificaría esa mayor extensión de

la misma... El Art. 8-3 de la Ley 48/84 prevé para la prestación social sustitutoria «un régimen análogo al establecido para el servicio militar», lo que significa tanto la sujeción especial, como la pérdida de libertad de movimiento, de iniciativa y de decisión que sufre temporalmente quien se encuentra sometido tanto al servicio militar como a la prestación social sustitutoria, elemento temporal de pérdida de libertad que es el que fundamentalmente ha de tenerse en cuenta, puesto que la mayor o menor gravosidad depende muy considerablemente de las circunstancias concretas de cada caso, sin que el grado de la misma produzca ni en el servicio militar ni en la prestación social sustitutoria, ampliaciones o reducciones de la duración general de las mismas».

No parece sostenible tampoco esta afirmación, porque sólo se fija en la extensión, y no en la intensidad de los derechos afectados en cada una de las prestaciones, así como en la disciplina requerida en cada caso. Además, al menos tan importante como la extensión temporal de la prestación es la plena o no plena disponibilidad durante dicha prestación.

Por otra parte, y como ya en su momento se indicó, discrepamos de la opinión del Magistrado DE LA VEGA en su voto particular, según el cual la prestación social es una de las manifestaciones del deber de defender a España. No cabe un concepto tan amplio de defensa, que lo convertiría en algo absolutamente difuminado e inútil.

El voto particular del Magistrado DE LA VEGA considera inconstitucional remitir al Gobierno la fijación del tiempo que ha de durar la prestación social sustitutoria, «pues ello supone claramente un quebranto del principio de legalidad ex Art. 9-3 CE, en relación con la reserva legal expresa y explícita establecida en los Arts. 30-2 y 53-1 del Texto fundamental, constitutivos de una garantía para el derecho cuestionado, competencia del legislador».

Prácticamente toda la doctrina se ha manifestado en contra de la sentencia y a favor de los votos particulares. MARTÍNEZ BLANCO considera que esta mayor duración constituye una penalización (32). Pero esta opinión no deja de ser contradictoria. Por un lado, este autor critica la mayor duración, pero también critica que el CNOC pueda entrar a hacer averiguaciones a través de terceros, por considerarlo una intromisión en la conciencia del objetor para juzgarla y un estado presuntivo de sospecha o

(32) MARTÍNEZ BLANCO, en VV.AA., *La objeción de conciencia en el Derecho español e italiano*, Murcia, 1990, pág.16.

fraude del solicitante (33). Surge entonces la pregunta de cuáles deben ser las garantías para evitar el fraude.

PELÁEZ critica los argumentos de la Exposición de Motivos (34). En concreto, señala una serie de medidas para evitar el fraude, pero en la práctica, éstas carecerían de eficacia (35): la imposición de costas o de gastos del procedimiento, etc., no tienen sentido cuando no cabe una actividad típicamente probatoria, como el mismo autor reconoce; y además todas las medidas propuestas parten de la base de que ya se ha descubierto el fraude y se ha denegado al interesado el reconocimiento de la condición de objetor, pero no propone ninguna para evitar los fraudes de forma preventiva.

CÁMARA propone también, para evitar el fraude, «otros mecanismos relacionados con la actuación del CNOC, ... o también podría haberse dispuesto mecanismos de control ex post, mucho más deseables y correctos jurídicamente» (36). El propio autor reconoce la dificultad de estos mecanismos; y desde luego, en la práctica, serían mucho más discriminatorios entre los peticionarios de lo que ahora puede serlo la duración.

En cuanto a los costes personales y físicos, es claro que los del servicio militar son mucho mayores. Evidentemente, el legislador no puede tener en cuenta cada caso concreto, y es claro que un concreto militar de reemplazo puede tener un coste personal y físico muy inferior al de un objetor. Pero *en su conjunto*, la prestación del servicio militar, tal como está normativamente configurada, es mucho más gravosa que la prestación social sustitutoria. Y la Ley a lo que tiene que atender es a esa visión de conjunto, no a cada caso concreto. La Ley debe atender al tipo medio, standard; no puede contemplar individualizadamente todos y cada uno de los casos que constituyen el supuesto de su aplicación. Los costes personales del servicio militar son mucho mayores que los de la prestación social, en particular por el diferente grado de disciplina que se exige en una y otra prestación.

Es claro que la disciplina militar es mucho más rigurosa que la que pudiera existir en la prestación social sustitutoria. Y la necesidad de salvaguardar ese valor impone una restricción de derechos mucho más fuertes a quienes realizan el servicio militar que a quienes realizan la pres-

(33) Op. cit., pág. 15.

(34) PELÁEZ ALBENDEA, F. J., *La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho Positivo Español*, Madrid, 1988, págs. 188 y ss.

(35) Op. cit., pág. 191.

(36) Op. cit., pág. 308.

tación social sustitutoria: así, el sometimiento a una jurisdicción especial, la posibilidad de sanciones administrativas privativas o restrictivas de libertad (Arts. 13 a 15 LRDFA), y con procedimientos extraordinariamente sumarios, con posibilidad de adoptar medidas cautelares inmediatas (Arts. 18-2 y 34 y ss. LRDFA), y con ejecución inmediata de las sanciones (Art. 46 LRDFA), diversificación de personas que pueden sancionar incumplimientos (Art. 19 LRDFA), acentuada jerarquización. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el Art. 8 CE, es un valor que constituye fundamento objetivo justificador de un trato desigual, en perjuicio de los militares (STC 97/85, 180/85, 72/94). De hecho, la libertad personal (Art. 17 CE) se encuentra mucho más restringida en el servicio militar que en la prestación social, no sólo en el ámbito normativo y del régimen interior del Centro, sino en la actuación concreta de cada día.

La doctrina, en este punto es muy contradictoria consigo misma: por ejemplo, CÁMARA sostiene que los costes personales pueden ser iguales e incluso mayores para los objetores (37) y luego en cambio critica la dureza de las penas, que, según él, deberían ser inferiores a las militares (38), ya que la naturaleza del servicio militar, «habida cuenta de los principios estructurales sobre los que se organiza y sustenta, avalaría, en principio, una especial severidad de las sanciones».

Por lo demás, nada mejor que acudir a la realidad de los hechos para darse cuenta de que las opiniones doctrinales no descansan en los hechos, sino en opiniones abstractas. Es revelador el dato de cómo ha ido creciendo el número de objetores, a pesar de los supuestos costes personales de la prestación, lo que demuestra que, a pesar de su mayor duración, los interesados no consideran ésta desproporcionada en relación con los costes que representa el servicio militar (39).

(37) Pág. 309.

(38) Pág. 319.

(39) El Diario El Mundo, 22 de noviembre de 1995, publica una estadística de las solicitudes de objeción presentadas: 12.170 en 1985, 6.407 en 1986, 8.897 en 1987, 11.049 en 1988, 13.130 en 1989, 27.398 en 1990, 28.051 en 1991, 42.454 en 1992, 68.209 en 1993 y 77.121 en 1994. En 1995 las solicitudes fueron 72.832; en 1996, 93.279; y en 1997, 127.304 (El País, 19-3-98). Claramente se ve la línea imparablemente ascendente de solicitudes, que significa un correlativo retroceso de las personas dispuestas a cumplir el servicio militar.

Desde otro punto de vista, para OLIVER, esa mayor duración es «políticamente nefasta, pues es la principal bandera que enarbolan los grupos de insumisos» (40). Pero esto no es así: la principal bandera de los insumisos no es ésta, sino la supresión completa de la prestación social sustitutoria, en cuanto que consideran a ésta una mera coartada que sirve para justificar el servicio militar. Prueba de ello es que el insumiso lo es desde el principio, es decir, no se incorpora a la prestación. Estadísticamente, son muy pocos los que, alegando la equivalencia al servicio militar, abandonan la prestación social sustitutoria a los 9 meses.

GARCÍA MACHO critica también esta mayor duración, por entender que se hace prevalecer la relación de especial sujeción sobre el derecho a la objeción de conciencia, considerando que se lesiona su contenido esencial (41). Pero no parece correcta esta opinión, ya que mezcla cuestiones que no tienen nada que ver entre sí, como es la de la naturaleza de la relación de sujeción especial y la duración de la prestación social sustitutoria.

GARCÍA MACHO critica, además, la remisión al Reglamento, por entender que va contra la reserva de Ley (42) y que afecta al contenido esencial del derecho, puesto que la duración es uno de sus rasgos definidores (43). Por ello, este autor cree que la duración debiera venir específicamente concretada en la Ley, y que lo contrario supone una infracción de la reserva de Ley. Pero este argumento no parece sostenible: según eso, por ejemplo, tendría que fijarse por Ley, también, la duración de la jornada diaria; e incluso los turnos, pues es evidente que a un objetor no le es indiferente que el turno sea en uno o en otro momento. Además, no se deja a la absoluta discrecionalidad del Gobierno, ya que hay una limitación temporal.

La remisión al Reglamento no constituye en este caso una deslegalización, ya que la Ley prevé la duración, sino que puede considerarse como complemento indispensable: es un desarrollo de tipo técnico, que por su carácter organizativo justifica la llamada de la Ley al Reglamento.

La STC 160/87 admite la constitucionalidad de la remisión a la potestad reglamentaria de la duración de la prestación social sustitutoria, «puesto que se trata de una potestad organizativa que exige una discrecionalidad en atención a los medios y necesidades contingentes que pue-

(40) *El deber constitucional de defender a España*, cit., pág. 41.

(41) *En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción*, REDA 64, 1989, pág. 530.

(42) *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992, pág. 185.

(43) *Las relaciones*, cit., pág. 234.

dan surgir según las circunstancias, campo propio de la potestad reglamentaria (Art. 97 CE), aparte de que el Gobierno ya viene sujeto al límite máximo establecido en dicho artículo, lo que excluye la arbitrariedad». Doctrina que, como es obvio, ha sido asumida por el Tribunal Supremo (STS de 18 de julio de 1991).

6. LOS SUJETOS A LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

De acuerdo con el Art. 30-2 CE, sólo cabe imponer una prestación social sustitutoria a los españoles. Al utilizar esta expresión en lugar de la de ciudadanos, significa que puede ser exigida a menores y a personas que no disfruten de derechos políticos.

7. LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA Y LAS MUJERES

La mujer estuvo durante años obligada al servicio social, establecido por Decreto de 2 de octubre de 1937, consistente en el «desempeño de las varias funciones mecánicas, administrativas o técnicas precisas para el funcionamiento y progresivo desarrollo de las instituciones sociales establecidas por la Delegación Nacional de Auxilio Social de FET y de las JONS o articulados en ella (Art. 1). «El servicio —añadía el precepto— será adecuado en cada momento a los conocimientos que adornen a la persona obligada a prestarlo o a sus condiciones personales, asegurando la mejor utilización en el fin que el servicio social persigue» (Art. 1). La duración mínima era de 6 meses (44).

¿Exige la CE que el servicio militar obligatorio o, en su caso, la prestación social sustitutoria deban ser realizados también por las mujeres? Sobre este punto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

- Según I. COSIDO, la doctrina del reclutamiento forzoso surge cuando la condición de ciudadano está reservada a los varones, no a las mujeres, por lo que, correlativamente, sólo a aquéllos afecta la obligatoriedad del servicio militar. Ocurre, sin embargo, que hoy no hay distinción por razón del sexo en cuanto a la ciudadanía, lo que hace difícil de mantener la distinción en cuanto al servicio militar (45).

(44) El régimen del servicio social fue desarrollado por Reglamento de 28 de noviembre de 1937. Su supresión tuvo lugar por Real Decreto 1914/78, de 19 de mayo.

(45) *Modelos de servicio militar*, en FERNÁNDEZ SEGADO, op. cit., pág. 240.

- La CE habla de las obligaciones militares de los españoles, que, lógicamente, deben estar inspiradas en el principio de igualdad, de no discriminación por razón de sexo (Art. 14 CE). La BGG se refiere expresamente a los varones, evitando este tipo de problemas. Según su Art. 12-a1, «los *varones* que hayan cumplido los 18 años de edad podrán ser obligados a prestar servicios en las Fuerzas Armadas, en la Policía Federal de Fronteras o en una unidad de Defensa Civil».
- La prestación social sustitutoria es consecuencia de causas de exención del servicio militar obligatorio, sin que la CE lo ligue exclusivamente a una sola de las causas, es decir, a la objeción de conciencia.
- En consecuencia, parece que no existe un fundamento suficiente que justifique el distinto tratamiento ante tales obligaciones constitucionales por razón del sexo. Es claro que, incluso aunque se considerara el sexo como causa de exención del servicio militar obligatorio, ninguna razón existe para no imponer, en tal caso, a los beneficiarios de la exención, una prestación sustitutoria. Claro que entonces no sería posible establecer una duración superior de la prestación social sustitutoria para las mujeres: lo que entonces sería discriminatorio sería la privación a las mujeres de la facultad de elegir entre servicio militar y prestación social sustitutoria.
- Por lo demás, el propio legislador, a la hora de regular las prestaciones personales con posterioridad a la CE, prescinde del dato del sexo. Así ocurre con las obligaciones de colaboración en la protección civil, que se imponen a *todos* (Art. 4 LPC) (46).

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado acerca del derecho a la igualdad por razón del sexo con respecto a las obligaciones militares de los españoles. Sí lo ha hecho, por el contrario, con respecto al derecho a la igualdad en el acceso a la profesión militar en la STC 216/91.

Esta STC reconoce la aplicación directa e inmediata del derecho reconocido en el Art. 14 CE desde la entrada en vigor de la Constitución. A continuación razones que el valor de la igualdad (Art. 1-1 CE) no se traduce sólo en un mero deber de abstención en la generación de diferen-

(46) Cosa distinta ocurría con anterioridad a la Constitución. Así, por ejemplo, la Ley de Incendios Forestales, Art. 12-1, limita a los *varones* la movilización para hacer frente a un incendio.

ciaciones arbitrarias, sino que también obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que esa igualdad sea real y efectiva (Art. 9-2 CE). Y añade:

«La incidencia del mandato contenido en el Art. 9-2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el Art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario—, la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable, ven suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial.

Pero por otra parte, la actuación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias, en los términos del Art. 14, a las acciones diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico., la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar ex Constitutione la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable ha de llevar a la calificación como inconstitucionales, de los actos que la mantengan.»

Sobre la base de lo anterior, la STC concluye en la inconstitucionalidad de la exclusión de la mujer del acceso a la profesión militar, porque:

«el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente en el Art. 14 de la Constitución. Prohíbe tal precepto constitucional de manera explícita el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el Art. 10 CE».

Se preocupa a continuación la STC de rechazar los argumentos del Tribunal Supremo, que trataba de justificar la pasividad legislativa y la consiguiente demora del acceso de la mujer a la profesión militar:

«El legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora, ni proponerse plazo, al menos aproximativo, en orden a aquella corrección. Y aunque la LODN —en la interpretación de su Art. 36 más favorable para el legislador— no resulta inconstitucional a se, puesto que, encarándose, en un momento postconstitucional tan temprano como 1980, con la desigualdad existente, no la mantiene sino indirectamente, de forma temporal y carente de justificación».

A la vista de esa doctrina, y habiendo ya transcurrido dos décadas desde la entrada en vigor de la Constitución, es claro que carece de toda justificación mantener la discriminación por razón de sexo en el cumplimiento de estas obligaciones constitucionales.

V. EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

1. LA EXISTENCIA DE UNA PRESTACIÓN

La prestación consiste en la realización de una actividad, conducta o comportamiento de una determinada persona hacia otra u otras, BISCARETTI habla de deberes de prestación por parte de los ciudadanos y del correlativo derecho público de prestación por el Estado (47).

2. CARÁCTER PERSONAL DE LA PRESTACIÓN

Nos planteamos aquí la cuestión de si la prestación social sustitutoria debe tener carácter personal, en el sentido de que las obligaciones consistan fundamentalmente en un *facere*, un servicio personal, no en un *dare*.

La CE no dice explícitamente que la prestación deba ser personal. De hecho, la Constitución utiliza en otro momento la expresión «prestaciones sociales», en el Art. 41, pero contemplándolas como una obligación de los poderes públicos («los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante las situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo»). Es claro que el Art. 41 CE está pensado, fundamentalmente, en prestaciones reales.

(47) *Derecho Constitucional*, Madrid, 1982, págs. 701 y 191.

Sin embargo, cuando el Art. 30-2 CE habla de una prestación social sustitutoria, está pensando fundamentalmente en una prestación personal. En efecto, la prestación tiene carácter sustitutorio del servicio militar, que tiene un carácter personal, por lo que igual carácter habrá de tener la prestación social para no infringir el Art. 14 CE.

En este sentido, la prestación personal tiene una naturaleza muy diversa a la de las prestaciones pecuniarias o reales, y por tanto no son intercambiables. Cabe, por ello, hablar de *un principio de no convertibilidad de las prestaciones personales en prestaciones patrimoniales*, ya que lo contrario podría llevar a una discriminación por razón de la capacidad económica. Hoy día carecerían de sentido instituciones que han gozado de amplia tradición, como las existentes mediante el pago de una cantidad de dinero (redención en metálico y sustitución de personas) (48).

Existe un amplio elenco de prestaciones personales (49).

La prestación, además es infungible, por lo que no podría ser sustituida por la de un tercero. Por ejemplo, no cabría cumplir la prestación en favor de otro, que quedaría así exonerado. Nótese que en esto se distingue de la obligación de contribuir del Art. 31 CE. La figura del sujeto que cumple la obligación no es indiferente, como pudiera serlo en el Art. 31 CE. Y es que una cosa es la obligación de dar y otra la de hacer.

Dé todos modos, no cabe decir que sea una obligación personalísima en el sentido de que se contraiga en función de las cualidades personales de un determinado individuo. Aquí la infungibilidad tiene como único fundamento la necesidad de que todos contribuyan personalmente para evitar discriminaciones. Prevalece el principio de no discriminación sobre las cualidades personales de los obligados. Dicho de otra manera, ni la cualidad ni las circunstancias del deudor se tienen en cuenta al establecer la obligación (Art. 1161 CC), pero ello no impide considerar la obligación como personalísima e intransmisible. Precisamente, uno de los inconvenientes que tradicionalmente se ha visto a este tipo de prestaciones consiste en que la desigualdad de capacidades personales va en perjuicio de

(48) Son curiosos los argumentos con los que en el siglo pasado los autores trataban de justificar la redención por dinero y la sustitución. Vid., por ejemplo, PIERNAS HURTADO I, pág. 271; y TOLEDANO, II, págs. 609 y ss., donde se desarrollan los argumentos en favor y en contra de la sustitución. Por cierto, esa posibilidad de redención se mantiene en la LHL respecto a la prestación personal (Art. 119-3 LHL). GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS entienden que cabe la redención en metálico si el motivo en que se fundan las prestaciones es estrictamente económico (op. cit., II, pág. 262).

(49) Vid. L. MARTÍN RETORTILLO, *Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado*, RAP 134, 1994, págs. 33 y ss.

la propia obra, pues todos prestan igual servicio, sin atender a la mayor o menor capacidad de aquéllos (50).

Debido a ese carácter personal, es preciso tener en cuenta las circunstancias personales del obligado para determinar el contenido de la prestación y, en su caso, las exenciones, reducciones, aplazamientos, etc.

Por otra parte, tal prestación es una actividad que puede ser considerada trabajo en un sentido amplio. En tal sentido, el Art. 30 CE supone una limitación a lo establecido en el Art. 35 CE (por ejemplo, en lo referente a la «libre» elección de profesión u oficio). Pero en cuanto trabajo en sentido amplio, parece que es aplicable a la prestación social sustitutoria lo dispuesto en el Art. 40-2 CE.

No obstante todo lo anterior, no parece que hubiera ningún inconveniente en que la prestación social pudiera consistir en una obligación consistente en un *dare*, en determinados supuestos excepciones, cuando exista una causa debidamente fundamentada y razonable. Podrá ser ésta una vía para que quienes no pudieran realizar este tipo de prestaciones personales por causas excepcionales, no se vieran privilegiados por este motivo. En este sentido, ha existido en determinados países un impuesto que grava a los exentos del servicio militar, para garantizar la igualdad (51).

3. EL CARÁCTER SOCIAL DE LA PRESTACIÓN

El fin social distingue a la prestación social sustitutoria del servicio militar. La CE lo único que exige es que sea «social», es decir, con un mínimo interés social (52). De ahí deriva que el que efectúa la prestación no esté encuadrado en una organización militar, pero sí en una entidad encargada de la gestión de un programa o de un fin social.

Hay que subrayar que estos fines de interés social han crecido extraordinariamente con posterioridad a la Constitución. Basta pensar en

(50) S. ÁLVAREZ GENDÍN, *Tratado general de Derecho Administrativo*, I, Barcelona, 1958, pág. 407.

(51) Para PIERNAS, I, pág. 271, «muy difícil es hallar una prestación equivalente a la personal, de que se libran los exceptuados; mas esto no es motivo para renunciar a la igualdad posible, y cabe apelar al medio de exacción pecuniaria, que es aplicable a todos, y puede proporcionarse a las circunstancias individuales». Un ejemplo en Italia durante la Primera Guerra Mundial en GRIZIOTTI, B., *Principios de Ciencia de las Finanzas*, Buenos Aires, 1949, pág. 290. Algo similar era lo que ocurría con la Ley española de Servicio Militar de 27 de febrero de 1912, que permitía una reducción del servicio militar mediante el pago de ciertas cantidades, aunque resultaba evidente el carácter discriminatorio de la medida.

todos los principios rectores de la política *social* y económica reconocidos en el capítulo III del Título I de la Constitución, que abren un extenso campo para la realización de prestaciones que puedan ser calificadas como sociales. En definitiva, la calificación como social del Estado de Derecho no se ha producido en balde.

No obstante, quizá el Art. 30-2 ha utilizado una expresión demasiado restrictiva. En efecto, lo que se opone, o complementa, al servicio militar es el servicio civil, que es un concepto más amplio que el de prestación social. De hecho, los convenios internacionales firmados por España sobre la materia utilizan expresiones muy amplias, refiriéndose simplemente a «servicios que se realizan en lugar del servicio militar». El Art. 8-3-c-ii PIDCP habla de un servicio *nacional*. El Art. 4-3b CEDH habla de un servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.

Lo mismo ocurre con las Resoluciones y Recomendaciones de Organismos internacionales. La Resolución 1989/59, sobre objeción de conciencia al servicio militar, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, habla de un «servicio *alternativo*». La Resolución 337 (1967) relativa al derecho a la objeción de conciencia, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, habla de «servicio sustitutivo», y añade que «los Gobiernos afectados deben velar para que los objetores de conciencia sean empleados en tareas útiles a la sociedad o a la colectividad, sin olvidar las múltiples necesidades de los países en vías de desarrollo». La Recomendación R (87) 8, sobre objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, dice que «si está previsto un servicio sustitutivo, debe en principio ser *civil y de interés público*». La Resolución de 7 de febrero de 1983, sobre objeción de conciencia, del Parlamento Europeo, dice que el servicio sustitutivo «debe organizarse... *en interés de la comunidad, especialmente en el campo social y en el de ayuda y cooperación al desarrollo*». La Resolución de 13 de octubre de 1989, del Parlamento Europeo, sobre negativa a la prestación del servicio militar obligatorio por motivos de objeción de conciencia y sobre la *prestación sustitutoria*, habla de una «prestación sustitutoria *civil*» (53).

Todo ello, de acuerdo con el Art. 10-2 CE, permite interpretar del modo más amplio el concepto de «social», recogido en el Art. 30-2 CE.

(52) ESCOBAR, op. cit., pág. 282.

(53) Vid. J. M. OLIVA MORALES, A. FERNÁNDEZ PAMPILLÓN y A. DEL VALLE GUTIÉRREZ, *Ordenamiento jurídico de la objeción de conciencia*, Madrid, 1989, págs. 251 y ss.

4. LA DIFERENCIA ENTRE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA Y LOS DEBERES CONTEMPLADOS EN LOS PÁRRAFOS 3 Y 4 DEL ART. 30 CE

Al entender de un modo tan amplio el concepto de prestación social, cabe preguntarse si existe alguna diferencia entre dicho concepto y el servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.

Creo que la diferencia entre ambos no está en su contenido, sino en la relación que guardan con el servicio militar. En tal sentido, cabe entender que la prestación social es aquel servicio civil de interés general que realizan quienes se encuentran exentos del servicio militar. Lo cual significa que la Ley puede establecer un servicio civil con independencia de que los obligados hayan realizado o no el servicio militar. Y lo mismo cabe decir con respecto a los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Y por supuesto, ningún inconveniente hay para que la prestación social consista en actividades relativas a tales casos de riesgo, catástrofe o calamidad (54).

5. ¿DEBE SER GRATUITA LA PRESTACIÓN?

La doctrina suele dar por supuesto que las prestaciones personales previstas en el Art. 30 deben tener carácter gratuito. Según GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no procede indemnización por su carácter general (55). TOLÍVAR parece considerar inherente a la prestación su cualidad de gravamen «sin contraprestación directa alguna» (56). Precisamente, el dato de la gratuidad se ha contemplado siempre como una de las ventajas de las prestaciones personales que permite una disminución de impuestos.

Sin embargo, es dudoso que éste sea un requisito que derive directamente de la CE. La forzosidad de la prestación, en principio, no debe confundirse con la gratuidad; y así cabría perfectamente que el servicio fuera forzoso pero retribuido o, al menos, indemnizado.

Por lo demás, no parece correcta la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA y de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ de que es un servicio que grava a toda la población. De hecho, sólo afecta aun sector (jóvenes varones de determinada

(54) Vid. al respecto las propuestas de J. LUCAS, *La Ley del Servicio Civil; las opciones posibles y su fundamente constitucional*. BIMJ 1696, 1994.

(55) *Curso*, cit., II, pág. 126.

(56) *Prestaciones personales*, NEJ SEIX, t. XX, págs. 342 y 349.

edad en los que no concurre ninguna causa de exención), por lo que no es inherente a lo forzoso la idea de gratuito.

Además, esta prestación gratuita de servicios personales constituye virtualmente una confiscación: la crítica tradicional al servicio militar forzoso consiste en que se apodera de todas las fuerzas del individuo, impidiéndole el progreso (57).

Y por otro lado, está el Art. 35 CE, que reconoce el derecho a una «remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia», norma que no parece inaplicable a la prestación social sustitutoria, ya que no se opone a lo establecido en el Art. 30 CE. En tal sentido, resulta incomprensible que las Leyes establezcan la obligación de indemnizar las prestaciones reales y no las personales. Un ejemplo paradigmático se encuentra en la LPC. Según el Art. 4-4 LPC, «en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, todos los residentes en territorio nacional estarán obligados a la realización de las prestaciones personales que exija la autoridad competente, *sin derecho a indemnización por esta causa*, y al cumplimiento de las órdenes generales o particulares que dicte». Frente a ello, el Art. 4-7 LPC establece que «cuando la naturaleza de la emergencia lo haga necesario, las autoridades competentes en materia de protección civil podrán proceder a la requisa temporal de todo tipo de bienes, así como a la intervención y ocupación transitoria de los que sean necesarios», añadiendo que «quienes, como consecuencia de estas actuaciones, sufran perjuicios en sus bienes, *tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes*». No se ve por qué una requisa de bienes deba indemnizarse y que esta indemnización no proceda, en cambio, para una prestación personal, en la que se produce también una privación de derechos. Máxime cuando ambos deberes nacen de un mismo fundamento constitucional, el Art. 30-4 CE, que, como decimos, no distingue entre que los deberes consistan en una prestación personal o real.

En definitiva, al contrario que en otros momentos históricos, el fundamento de estos deberes constitucionales no se encuentra en otorgar medios gratuitos al Estado para disponer libremente de ellos, sino otro muy diferente: sustraer a las leyes de la oferta y de la demanda unos medios personales que se necesitan cuando se encuentran en juego unos intereses superiores. Igual que la expropiación no tiene la finalidad de conseguir bienes más baratos, sino de conseguirlos mediante un justo pre-

(57) TOLEDANO, cit., II, pág., 625.

cio, con independencia de la voluntad de los afectados; lo mismo cabe decir de este tipo de prestaciones.

6. EL CARÁCTER FORZOSO DE LA PRESTACIÓN

A) La relación se constituye no por voluntad de las partes, sino por un mandato imperativo y unilateral.

En tal sentido, esta obligación constituye una excepción al principio de voluntariedad en la constitución de las relaciones de trabajo, que puede considerarse un derecho fundamental.

En efecto, el Art. 35-1 CE reconoce a los españoles el derecho «a la libre elección de profesión y oficio»; y lo mismo sucede con diversos convenios internacionales, con arreglo a los cuales se han de interpretar los derechos reconocidos por la Constitución (Art. 10-2 CE). Pero tales convenios inmediatamente introducen matizaciones en relación con la materia que tratamos.

Así, según el Art. 4-2 CEDH, «nadie puede ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio». Pero el Art. 4-3 CEDH establece que no se considerará como «trabajo forzado u obligatorio» el servicio sustitutivo del militar establecido en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima (letra b); ni tampoco «todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales» (letra d). El Art. 8-3 PIDCP se pronuncia en idéntico sentido.

El Convenio 29 de la OIT, relativo al trabajo forzado u obligatorio, ratificado por Ley de 8 de abril de 1932 (Gaceta del día 14), define el «trabajo forzado u obligatorio» como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. Pero el Art. 2 añade que no comprende, entre otros, «todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo».

El Convenio 105 de la OIT de 25-6-57 (BOE 4-12-68) sobre abolición del trabajo forzado, obliga a suprimir el trabajo forzado u obligatorio, entre otros, «como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico».

Dicho esto, hay que añadir, no obstante, que la CE en ningún momento ha constitucionalizado el contrato de trabajo como fuente de la relación laboral; ni un principio de libre competencia en el mercado de trabajo sobre el que no puedan incidir las actividades realizadas en virtud de la

prestación social sustitutoria. O dicho de otra manera, la CE no impone que la prestación sólo pueda consistir en actividades que no sean objeto de oferta y demanda en el mercado laboral.

B) Entre una prestación forzosa y una relación constituida voluntariamente, como puede ser la laboral o la funcionarial, hay una diferencia sustancial de naturaleza. Por ello, el Art. 1-3b ET excluye de su ámbito «las prestaciones personales obligatorias». Pero no cabe duda de que la prestación personal constituye materialmente un trabajo; y, por ello, a la hora de regularla, es indudable que habrá que seguir mucha de las pautas de la relación laboral.

C) Las prestaciones personales obligatorias se caracterizan por las notas de generalidad (para garantizar el principio de igualdad) y temporalidad (exigida tanto por el principio de libertad como por la nota de generalidad, pues es inconcebible que *de por vida* se consagren todos los ciudadanos a una prestación personal) (58). Precisamente de ese carácter general deriva que las causas de exención de la prestación deban considerarse excepcionales y de aplicación restrictiva (STS 19-12-89, Art. 9138).

D) La prestación social sustitutoria se distingue de otras relaciones que también se constituyen forzosamente, como la requisa. Esta, en efecto, se impone mediante un procedimiento sumario, normalmente actuable por meras órdenes instantáneas, incluso generales, siendo indemnizable el servicio impuesto. Para GUAITA, la requisa, en cuanto que nuestro Derecho la configura como expropiación especial, no cabe para imponer prestaciones personales, pues sólo puede consistir en prestaciones de cosas (59), pero lo cierto es que la Ley prevé también la requisa de prestaciones personales (60).

También se distingue la prestación social sustitutoria de los trabajos de colaboración social, impuestos a los perceptores de prestaciones por desempleo (vid. Art. 213-3 TRLGSS). Según este artículo, la Entidad Gestora puede exigir de todo trabajador desempleado, siempre que perciba la prestación o subsidio de desempleo, un trabajo de colaboración social cuando el mismo a) sea de utilidad social y redunde en beneficio de la comunidad; b) tenga un carácter temporal; c) coincida con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado; d) no suponga cambio de residencia habitual del trabajador. Es evidente que, salvo ese fin de utili-

(58) GUAITA, op. cit., pág. 114.

(59) Op. cit., pág. 125.

(60) Art. 101 LEF; vid. otros supuestos en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit., II, pág. 126.

dad social, poco tiene que ver con la prestación social sustitutoria, ya que el trabajo de colaboración social no constituye una obligación, sino una carga del desempleado para poder seguir beneficiándose de las prestaciones por desempleo.

E) Para garantizar el cumplimiento del deber de prestación social sustitutoria, la CE no prevé los medios de coacción, con lo que deja amplia libertad al legislador.

En principio, podría pensarse en la aplicación de los Arts. 1099 y ss. CC, de tal forma que el incumplimiento de la obligación pudiera dar lugar a la consiguiente responsabilidad civil (Art. 1911 CC). Esto es perfectamente aplicable a las obligaciones tributarias previstas en el Art. 31 CE, y en general a las prestaciones reales o patrimoniales. Sin embargo, esta conclusión choca con el principio de inconvertibilidad de las prestaciones personales en obligaciones de dar. El incumplimiento de una prestación personal como la prestación social sustitutoria puede dar lugar a responsabilidades de tipo penal o administrativo; pero es mucho más discutible que pueda dar lugar a responsabilidades de tipo civil.

Esto no significa que la prestación social sustitutoria carezca de un contenido patrimonial, ya que la prestación es perfectamente evaluable en dinero.

En cuanto la relación en la que se desarrolla la prestación social sustitutoria da lugar a actos administrativos, ¿caben medios de ejecución forzosa de dichos actos? En principio, no parecen adecuados. El apremio sobre el patrimonio no procede, por no estar en juego una cantidad líquida (Art. 97 LRJAP). La ejecución subsidiaria tampoco, por tratarse de una obligación personalísima (Art. 98 LRJAP). La compulsión no cabe por esa misma razón, al ser la prestación social sustitutoria una obligación personalísima de hacer (Art. 100 LRJAP). Sólo la multa coercitiva (Art. 99) tendría razón de ser, pero debería estar prevista en la Ley para poder ser aplicada. De ahí que lo más adecuado sea un sistema sancionador de naturaleza administrativa o penal, que indirectamente impida el incumplimiento de las obligaciones.

VI. LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA COMO RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN

1. EL CONCEPTO DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL

La doctrina alemana acuñó el concepto de las relaciones especiales de sujeción, que suponen un estado de libertad restringida por el que el afec-

tado tiene que ajustarse a lo que exige el fin de la Administración. La doctrina se exportó a diversos países, entre ellos el nuestro, y sirvió para justificar determinadas restricciones en los derechos fundamentales, en la aplicación del principio de legalidad y en las garantías jurisdiccionales. Por otra parte, la categoría, en especial en manos de la jurisprudencia, alcanzó una extensión inusitada, abarcando a numerosas relaciones que muy difícilmente podían considerarse de sujeción especial.

En la actualidad, la doctrina de las relaciones especiales de sujeción se bate en retirada (61). No sólo se ha limitado el ámbito de las relaciones a las que se considera aplicables, sino que también han quedado reducidas las limitaciones a que pueden dar lugar (62).

Lo cierto es que en la actualidad la utilidad de la categoría puede considerarse muy discutible. En efecto, en cualquier relación de los particulares con la Administración cabe distinguir dos momentos: la relación en potencia, y las peculiaridades que se originan al entrar en contacto con la Administración. Y en tal sentido, más que hablar de una relación distinta de la general, había que considerar que es muy diferente la posición del administrado en su relación abstracta con la Administración y la relación en el caso concreto.

Por otro lado, las situaciones que se agrupan como ejemplos de relaciones especiales de sujeción son muy diferentes entre sí: no es lo mismo la situación del soldado que la del que realiza la prestación social sustitutoria ni que la del funcionario. De ahí que sea discutible la posibilidad de dogmatizar sobre una categoría que agrupe a todas, por la sencilla razón de que, en cada caso, las potestades son distintas, y pensadas en función de los fines que se persiguen. Por ejemplo, las restricciones de derechos fundamentales son muy distintas en cada caso; la no necesidad de reserva de Ley cada vez está sujeta a mayores críticas; y las garantías jurisdiccionales se tienen con independencia del tipo de relación.

(61) Por cierto, nunca se había escrito tanto sobre ella como en estos últimos años. Así, por no citar más que monografías amplias, GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Madrid, 1992; LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, 1994.

(62) Según NIETO, la figura de la relación de especial sujeción es dogmáticamente impecable, técnicamente útil, y se encuentra recogida en la CE (25-2, 28-1 y 103-3, 30, 127, 159-4). Las relaciones de especial sujeción, añade NIETO, suelen referirse actualmente a aquellas personas que viven en un contacto permanente o cuasipermanente con establecimientos administrativos, de tal manera que sin una reglamentación especial y sin unos poderes también especiales de la Administración, la convivencia y la gestión del servicio público serían difíciles (*Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1993, pág. 197).

De ahí que consideremos poco operativa una categoría general que agruparía a muy diversas y diferentes situaciones, sin perjuicio de que haya que reconocer que los particulares quedan afectados cuando entran en el ámbito organizativo de la Administración, pero eso siempre, incluso cuando se trata de las que se podrían considerar relaciones de sujeción general.

A pesar de ello, vamos a analizar si la consideración de la prestación social sustitutoria como una relación de especial sujeción, sobre la base constitucional, puede dar lugar a determinadas limitaciones frente a la Administración, más allá de las que puedan derivarse de la propia naturaleza.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

¿Rige en esta materia el principio de legalidad de la Administración? En un principio, la dogmática consideró la relación de especial sujeción como un ámbito de libre conformación para la Administración. Así, por ejemplo, para O. MAYER, el Estado puede agravar al individuo, así como intervenir en su libertad, *con* su consentimiento, pues éste elimina los límites impuestos por la reserva constitucional. Tal teoría no puede mantenerse en la institución que estudiamos, porque precisamente falta en ella la voluntariedad. Actualmente, la doctrina sostiene que la reserva de ley tiene plena validez en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, a no ser que la CE establezca limitaciones (63). Pero es que además la propia CE se remite en su Art. 30 a la ley para regular las causas de exención del servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria. Debe observarse que la posibilidad de imponer una prestación social sustitutoria se atribuye precisamente a la ley, y no a ninguna otra norma de distinto rango.

3. LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como principio general, la restricción de los derechos fundamentales sólo puede producirse en la medida en que la propia Constitución lo auto-

(63) R. GARCÍA MACHO, *op. cit.*, pág. 179. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ entienden que el problema de la disciplina interna de un servicio o de una corporación no puede resolverse al margen de la legalidad; lo más que puede llegar a legitimar es una deducción de poderes implícitos en los otorgados por la Ley de una manera general o de un más amplio margen del papel del Reglamento en desarrollo de esa Ley, nunca una exención de ésta (*op. cit.*, II, pág. 21).

rice. Según la STC 21/81, las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales sólo son admisibles, en las relaciones especiales de sujeción, en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Las relaciones de sujeción especial deben ser contempladas «bajo la luz de los derechos fundamentales». Según la STC 61/90, una cosa es que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en caso de relaciones de especial sujeción, y otra que los principios constitucionales (y de los derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad.

Ahora bien, las restricciones de derechos fundamentales varían enormemente según la relación de que se trate. No tienen igual intensidad las restricciones de derechos del preso (Art. 25-2 CE) que las del militar (Arts. 25-3, 26, 28-1 CE) o las del funcionario (Arts. 28-1, 103-3 CE). Con lo cual, para determinar si quien realiza la prestación social sustitutoria está sometido a restricciones en sus derechos, habrá que estar a lo dispuesto en la Constitución y, en su desarrollo, en las Leyes.

En tal sentido, es obvio que ninguna de las restricciones previstas para los militares afectan a quienes realizan la prestación social sustitutoria. Por ello, no se podrá imponer a éstos sanciones administrativas que impliquen privación de libertad (Art. 25-3 CE). Tampoco caben restricciones al derecho de petición (Art. 29-2 CE).

Por lo que se refiere al derecho de huelga, parece que debe ser excluido, al ser la prestación social sustitutoria una relación constituida forzosamente, y no con carácter voluntario.

4. LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA Y LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

¿La prestación social sustitutoria supone la restricción de las garantías jurisdiccionales de quienes están realizando aquélla?

En principio, hay que rechazar tal posibilidad. Sin embargo, en algún caso habría que matizar, cuando tales garantías puedan entrar en colisión con algún interés público. Pero no ya porque se trate de una relación de especial sujeción, sino por el simple dato de que es preciso ponderar los intereses en juego. Así, posiblemente haya que matizar la aplicación de la suspensión de la ejecución del acto impugnado en los casos de sanciones y otros supuestos en casos especiales (por ejemplo, órdenes de incorporación). En tal sentido, la STC 66/84 ha dicho que «la ejecutividad de los actos sancionadores... no es algo indefectiblemente contrario al derecho a

la tutela judicial efectiva», añadiendo que «no se podrá, acudiendo a la mención del Art. 24-1 CE, entenderse desaparecida la ejecutividad o, poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o despreñar otros, tanto generales como de terceros».

El ATC 100/82, de 24 de febrero, se refería a una prórroga de incorporación a filas solicitada por un objetor, que solicitó también la suspensión de la ejecución de la orden de incorporación (64). El Abogado del Estado, en contra de la suspensión de la ejecución, invocó que podrían perturbarse gravemente los intereses generales, basándose «en la posible transcendencia publicitaria de la concesión de aquel beneficio con la posterior formulación de “amparos en masa”, sobrecargas de asuntos, dilación de los plazos para el fallo, y dificultad de variación del criterio permisivo del tribunal otorgando la suspensión del acto recurrido». El Tribunal Constitucional rechaza la argumentación, porque «opera con encadenadas hipótesis, sólo meramente posibles en el futuro, apartándose de la realidad presente sobre la que el tribunal actúa, que sólo manifiesta tres recursos de amparo en tramitación promovidos por objetores de conciencia, en número exiguo que no puede amparar tal previsión, dado el carácter individual y singularísimo de la excusa, y que no incide sobre el interés general, pero sí el porvenir confirmara el evento indicado, haciendo prevalente el interés colectivo sobre el individual, resultaría posible tener en estima el cambio en la ponderación de los valores y adaptar la doctrina constitucional a una nueva realidad fáctica, evitando los posibles fraudes o abusos y los perjuicios a la comunidad».

Se trata, como se ve, de una interesante doctrina, que pondera correctamente los intereses públicos y los particulares, al atender a la realidad de los hechos, y dejando abierta la posibilidad de cambiar de criterio si así lo exigen los intereses públicos. En esta materia, en la que están en juego dos bienes constitucionales, no cabe renunciar a una evaluación de los intereses generales.

Frente a esta opinión, no cabe alegar, partiendo de la base de que el derecho a la tutela judicial cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que se trata de un derecho absoluto e ilimitado. Porque aquí falla la premisa: el derecho a la tutela judicial, como cualquier otro, no es ilimitado; y tiene que ponderarse cuando entran en juego otros derechos fundamentales u otros bienes constitucionales (65). Así, el derecho a

(64) Vid. el texto del mismo en CANO MATA, A., *El derecho a la objeción de conciencia y su regulación en el Derecho español vigente*, RAP 108, 1985, pág. 29.

(65) Un caso claro, expresamente previsto por la CE, es el de la inembargabilidad de los bienes de dominio público (art. 132-1 CE), que supone una matización a lo previsto en el Art. 24 CE.

la igualdad puede verse afectado si a través de la tutela judicial cautelar una persona trata de exonerarse de sus deberes constitucionales. No pueden olvidarse tampoco instituciones como la prohibición del abuso del derecho y del fraude a la ley, a las que el Tribunal Constitucional ha reconocido como límites a la ejecución de Sentencias (vid. STC 194/91). Existen también otros bienes jurídicos que pueden colisionar con el derecho a una tutela judicial plena, pero a los que se hace prevalecer: por ejemplo, en el proceso penal es obvio que el secreto del sumario constituye un límite al derecho a la tutela judicial efectiva, pero se trata de una institución que, en principio, está plenamente justificada. Ya desde la STC 8-4-81 dice el Tribunal Constitucional que los límites de los derechos fundamentales pueden derivar directamente de la Constitución; pero «en otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, *sino también otros bienes constitucionalmente protegidos*». Y la STC 97/85 indica que el derecho a la tutela judicial tiene límites «en los casos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante» (en el caso en cuestión, ese interés preponderante era el mantenimiento de la vinculación y disciplina en el Ejército).

No debe olvidarse, por otra parte, que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, es decir, a los intereses públicos. Por tanto, tales intereses también vinculan, mediatamente, a los Tribunales, por lo que éstos no pueden prescindir de los mismos a la hora de resolver, sea la cuestión de fondo, sea una medida cautelar.

VII. LA NECESIDAD DE UNA LEY PARA LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

La regulación del contenido y alcance del deber de la prestación social sustitutoria exige una norma con fuerza de Ley. «*La ley... regulará... las... causas de exención d el servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria*», dice el Art. 30-2 CE.

Según la STS 27-2-92 (R. 1165), el Art. 30-2 CE contiene una reserva de ley para fijar las obligaciones militares de los españoles y regular la objeción de conciencia, así como para imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria. Pero el Art. 30-2, añade la sentencia, no consagra dere-

cho fundamental alguno a una reserva de ley en la regulación de estas materias, a diferencia de lo que ocurre en materia penal y sancionadora con arreglo al Art. 25-1. La cuestión era importante en el caso, ya que se había formulado recurso contra el Real Decreto 1442/89 por la vía del procedimiento especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, y el recurrente alegaba un derecho fundamental a que la materia regulada por ese Decreto lo fuera por norma con rango de Ley.

¿Qué clase de norma con rango de Ley se requiere?

- No es materia de Ley Orgánica, puesto que la prestación social sustitutoria se contempla en el Art. 30, por lo que el Art. 81 no le es aplicable. Así lo sostienen las STC 160 y 161/87, que reiteran la doctrina prácticamente unánime sobre la interpretación y excepcional del ámbito material de la Ley Orgánica.
- Tampoco parece que pueda hacerse una regulación completa por Decreto-Ley, ya que el Art. 86 CE excluye que éstos puedan afectar a los «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero» de la Constitución.
- Ningún impedimento existe, por el contrario, para que pueda ser regulada esta materia por Decreto Legislativo (Arts. 82 y ss. CE).

VIII. LAS COMPETENCIAS SOBRE LA MATERIA

En el Estado autonómico contemplado en nuestra Constitución, ¿a quién corresponde el ejercicio de competencias sobre la materia? El Art. 149 no contempla expresamente la prestación social sustitutoria como una materia exclusiva del Estado, aunque el Art. 149-1-1º es claramente aplicable. Según este precepto, es competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». La materia, como se ve, es el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, entre los cuales, obviamente, cabe incluir la prestación social sustitutoria (nótese que aquí se habla de deberes, y no de obligaciones constitucionales, con independencia de los sujetos de la relación jurídica de la que surjan). En ese cumplimiento de un deber constitucional se ha de conseguir la igualdad, y por ello es competencia del Estado la regulación de las condiciones básicas.

La competencia del Estado para regular la prestación social sustitutoria, por el contrario, no encuentra su fundamento en el Art. 149-1-4º CE (Defensa y Fuerzas Armadas). Otra cosa cabría decir de la objeción de

conciencia como causa de exención del servicio militar obligatorio, cuestión en la que ahora no entramos, ya que, como decimos, la prestación social sustitutoria es una obligación que procede con carácter general en los supuestos de exención del servicio militar obligatorio, y no sólo en los casos de objeción de conciencia.

Por lo que se refiere a las competencias ejecutivas, el único título invocable es también el Art. 149-1-1º. Hay que notar, sin embargo, que lo básico se refiere a las condiciones que garanticen la igualdad; no a la regulación. Ello significa que pueden considerarse básicos ciertos actos de ejecución, referidos a aspectos que deban ser tratados uniformemente en toda España (por ejemplo, concesión de aplazamientos y exclusiones de la prestación social sustitutoria). Pero hay otros aspectos que podrían ser tratados descentralizadamente, como, por ejemplo, la asignación concreta de cada actividad de tipo social.

Lo que sí es cierto es que la actividad de inspección del Estado sobre el modo de cumplir la prestación halla su fundamento en el Art. 149-1-1º CE; pero es claro que tal inspección deberá ir dirigida a que se cumplan los requisitos de igualdad y no discriminación en el cumplimiento de los deberes constitucionales, sin que pueda servir de título para controlar actividades que corresponden materialmente a las Comunidades Autónomas o a otros entes públicos.

Ocurre, sin embargo, que ningún Estatuto de Autonomía establece nada sobre la prestación social sustitutoria, ya que cuando éstos se promulgaron, aún no se habían llevado a la práctica las previsiones constitucionales sobre la materia. Por tanto, las competencias tanto de legislación como de ejecución corresponden en la actualidad al Estado, en virtud de lo dispuesto en el Art. 149-3 CE.

En relación con la distribución de competencias en la materia, se ha producido un conflicto. El Consejo de Gobierno catalán aprobó el Decreto 161/89, de 3 de julio, sobre Comisión interdepartamental para la prestación social sustitutoria del servicio militar y su consejo asesor. El Gobierno de la Nación formuló conflicto positivo de competencias frente a la Comunidad Autónoma catalana. El requerimiento se concretaba en solicitar la derogación del Art. 7-1 del citado Decreto (que da nueva redacción al Decreto 40/89, de 24 de febrero), «por entender el Gobierno que se interpone entre dichas entidades y la Administración del Estado, de forma imperativa, una intervención del órgano autonómico sin título habilitante en materia de prestación social sustitutoria y no pudiendo la Comunidad Autónoma establecer una intervención administrativa previa

ya que con ello se enerva o modula la competencia de los órganos estatales». El Estado invocaba el Art. 149-1-1° CE; la Comunidad Autónoma, el Art. 9-25 del Estatuto de Autonomía («La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...25.-Asistencia social»). La razón básica del Estado consistía en que la Comunidad Autónoma no había asumido ninguna competencia en la materia en virtud del Estatuto (66). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha podido resolver la cuestión, porque el Gobierno de la Nación ha desistido del conflicto (Auto del Tribunal Constitucional de 18-1-94, BOE 4 de febrero).

(66) *Evolución de la conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas (1981-1989)*, Madrid, 1991, págs. 287-288.