

LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL RESPECTO AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO CASTRENSE

(Comentario a la sentencia de 3 de febrero de 1998 de la
Sala Quinta del Tribunal Supremo)

Luis ÁLVAREZ PRIETO
M.^a del Pilar ÁLVAREZ MORENO
Universidad Complutense. Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS. III. LOS SUPUESTOS MOTIVOS DE CONCIENCIA. IV. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES. V. SOBRE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En este mismo Anuario ¹ se publicó un trabajo comentando la sentencia dictada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en 23 de febrero de 1994.

En aquella sentencia se condenaba a un capitán, no por ejercer su derecho a la libertad religiosa, sino como consecuencia de haberse dirigido de forma extemporánea a sus superiores, pues había manifestado en varias ocasiones su «deseo de no asistir a acto religioso alguno», si bien anunció que «no obstante lo anterior» y para el supuesto que no le fuese concedido el permiso para no asistir a la Misa, realizaría el servicio, «sin perjuicio de las acciones legales que proceda».

Esta última frase, considerada como una amenaza a los superiores, fue entendida por el Alto Tribunal como una «comunicación irrespetuosa o una actitud intransigente y conminatoria, reveladora de falta de respeto».

¹ ÁLVAREZ PRIETO, L., «La libertad religiosa como derecho fundamental y la garantía de su ejecución aplicada al ámbito castrense». *ADEE*, vol. XII, 1996, pp. 17 y ss.

Resultado de todo ello fue la condena al mencionado capitán a ocho días de arresto.

En el referido trabajo ya se expresó la disconformidad con tal sentencia al considerar:

1. No debe entenderse como irrespetuosa una expresión que anuncia lisa y llanamente el ejercicio de unos derechos.
2. Del contexto de la misiva no se desprendía la supuesta irritabilidad a la que se hace referencia en la sentencia.
3. De los hechos anteriores y posteriores a la emisión de la carta ni se infería enojo alguno, ni había sido probado tal estado de irascibilidad, ni siquiera se intentó probar la falta de consideración o respeto a los superiores.

A pesar de todo ello, como dijimos, el capitán fue condenado.

El tiempo, muy poco por cierto, nos ha venido a dar la razón, cuando en aquel trabajo se mantenía que el Tribunal Supremo había incidido en un visible error al interpretar y juzgar los hechos cometidos por el citado capitán. Efectivamente aquella sentencia se contradice con otra de la misma Sala del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998, siendo ponente el Sr. Aparicio Gallego, en la que se reconoce, incluso, el derecho a indemnización a un militar como consecuencia de haber impuesto una sanción que vulnera un derecho fundamental como es el de la libertad religiosa².

Comparando, aun de forma somera, ambas sentencias, puede llegarse a la conclusión de que el Alto Tribunal ha evolucionado en el sentido de estimar la existencia de una violación de un derecho fundamental y como consecuencia de ello la apreciación de un derecho a indemnizar cuando, hacía unos tres años, había venido manteniendo una postura a todas luces contraria. Ha de tenerse en cuenta, además, el hecho de que, como veremos más tarde, la actitud del militar a la que se refieren los hechos de la segunda de las sentencias no parece ajustado a lo que debe entenderse dentro del concepto «buen modo» exigido por el derecho de petición militar.

Otra de las reflexiones contenida en aquel trabajo era la que se suscita en el hecho de la obligación del superior de respetar, proteger e incluso alentar el ejercicio de los derechos fundamentales de sus subor-

² Diario *La Ley*, 24 de abril de 1998, p. 29.

dinados; lo contrario podría dar lugar a un delito o falta como consecuencia³ de las extralimitaciones en el ejercicio del mando⁴ o tipificarse como un apremio legítimo⁵.

También en este sentido nos viene a dar la razón la sentencia que comentamos a continuación, cuando aprecia la existencia de daños morales sobre la persona del supuesto infractor, o si se quiere de aquél que defiende su libertad religiosa.

Sólo nos interesa destacar, ya lo podrá observar el lector, la similitud de los hechos juzgados, que sin embargo merecieron una consideración tan dispar por la misma Sala Juzgadora, cuando habían transcurrido tan sólo tres años justos entre una y otra sentencia.

³ El artículo 234 de las RROO del Ejército de Tierra impone a los mandos del Ejército respetar el derecho a la libertad religiosa de sus subordinados y tal respeto y protección se hace de forma imperativa «respetará y protegerá», pero tal norma, necesariamente, ha de ponerse en relación con el artículo 423 del mismo cuerpo legal que contiene un explícito consentimiento que faculta a aquellos que no profesen la correspondiente religión su inasistencia a la ceremonia religiosa. Así el artículo 234 dispone: «Los mandos del Ejército respetarán y protegerán el derecho a la libertad religiosa de sus subordinados, en los términos previstos por la Constitución y por la Ley Orgánica de la Libertad Religiosa. Cuando coexistan fieles de distintas iglesias, confesiones o comunidades religiosas cuidarán de la armonía en sus relaciones». Por su parte el artículo 423 mantiene: «Las ceremonias militares de especial contenido espiritual podrán ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan. Con la debida antelación, se hará advertencia de que aquellos que no profesen la correspondiente religión quedan dispensados de asistir al acto religioso». *Vid.* en el mismo sentido el artículo 461 RROO del Ejército del Aire.

⁴ El artículo 103 del Código Penal Militar, LO 13/1985 de 9 de diciembre, señala: «El Superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión». Por su parte el artículo 138 ordena: «El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

LÓPEZ ALARCÓN, M., «La tutela de la libertad religiosa en Derecho eclesiástico». Eunsa, 1993, p. 557.

⁵ El artículo 522 del vigente Código Penal, afirma: «Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1.º. Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos. 2.º. Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen».

II. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS

Como consecuencia de los actos para conmemorar el V centenario de la Virgen de los Desamparados, el Capitán general de la Región de Levante estableció una serie de actos entre los que hay que destacar la formación de un batallón de honores.

Varios suboficiales, entre los que se encontraba el sargento FEHS, se presentaron al capitán que mandaba la compañía de honores manifestándole que por *razones de conciencia* solicitaban se les excusara de rendir honores a la Virgen, transmitiéndose esta petición al teniente coronel que mandaba el batallón.

Al día siguiente el citado sargento elevó su petición por escrito al coronel de su regimiento, en el que después de las correspondientes argumentaciones pedía ser «relevado de la comisión de servicio de contenido religioso para la que había sido nombrado, solicitando autorización para salir de la formación en el momento en que el acto a realizar adquiriera cualquier contenido de tipo religioso». Con posterioridad el coronel jefe convocó una reunión de mandos para informarles e instruirles en relación con los actos que se iban a desarrollar. En el curso de tal reunión respondió de forma afirmativa a la pregunta del sargento acerca de si la asistencia a los actos religiosos era voluntaria o no.

En tal situación, y ya en el acuartelamiento, los cuatro sargentos que formaban la compañía de honores manifestaron al capitán de la misma permiso para abandonar la formación por *motivos de conciencia*, y en concreto en el momento en que entrara la imagen de la Virgen; permiso que fue denegado por el propio teniente coronel.

Cuando comenzaron los actos, al anunciarse por la megafonía la entrada de la imagen de la Virgen de los Desamparados, el sargento FEHS, alzando la voz desde su puesto de la formación, solicitó permiso para abandonarla, «y sin esperar respuesta, abandonó la formación» permaneciendo fuera de la misma hasta que posteriormente se reintegró otra vez a la compañía para continuar el desarrollo de los actos; el coronel jefe de la unidad llamó a su presencia al citado sargento para pedirle explicaciones sobre lo sucedido volviendo el sargento a solicitar el oportuno permiso para salir de la formación en relación con los sucesivos actos religiosos, que iban a continuar desarrollándose, siéndole denegada nuevamente esta petición.

El día inmediatamente posterior, como continuación de los actos programados, se iban a celebrar en la vía pública, y para evitar que ante la población se repitiese el «espectáculo» del día anterior, el sargento manifestó al capitán de su compañía que no iba a salir con la formación, por cuyo motivo el capitán le ordenó que saliese a formar, lo que no hizo el sargento, manteniéndose al margen de los actos a celebrar durante esa fecha y regresando con su compañía a la Base de Marines.

Ha de significarse, en relación con los hechos anteriormente narrados, que el Tribunal Militar Central subraya que tales hechos no han sido impugnados por el sargento actor.

Es de destacar, para conocimiento de un observador desapasionado y consciente, la semejanza de los hechos que dieron lugar a cada una de las sentencias:

A. Efectivamente, hay que empezar por afirmar que se produce una negativa por parte de ambos sujetos a intervenir en un acto religioso, y si bien en uno de los casos el capitán se somete a la disciplina militar sin perjuicio del ejercicio de acciones jurídicas posteriores, en el segundo de los supuestos no se detiene en una simple negativa, sino transgrediendo la disciplina militar sale de la formación para no presenciar o intervenir en la ceremonia religiosa⁶.

B. Ha de hacerse especial mención al hecho que motivó las conductas sancionadas, en un caso la carta dirigida al jefe de la unidad, por el capitán, advirtiendo el posible ejercicio de unos derechos, y en el

⁶ Artículos 128 y 132 de las RROO FFAA aprobados por Ley 87/1978.

Es de destacar que la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre (*BOE* de 3 de diciembre) sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, hace referencia en el Expositivo de Motivos al «necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, esencial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, y las garantías individuales recogidas en la Constitución».

Posteriormente en la propia EM se afirma:

«Adaptar el régimen disciplinario a las notas singulares que caracterizan a las Fuerzas Armadas»

«... el régimen disciplinario que no puede ser otro que el de garantizar, en primer lugar, la observancia de la Constitución y de las Reales Ordenanzas...»

«... cuanto estas últimas constituyen la regla moral de la Institución y el marco que define, de acuerdo con la Constitución y las Leyes, las obligaciones y derechos de sus miembros».

Es de resaltar que los hechos que comentamos y la Sentencia del Tribunal Supremo son anteriores a la promulgación de la expresada Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, ya citada anteriormente.

supuesto del sargento, la salida de la formación ante la negativa de serle concedido el permiso solicitado, así como la reiterada postura negativa a salir a formar, en contra de la orden recibida de su superior.

C. Puestas las cosas de este modo, ha de observarse una actitud muy firme del sargento, transgresora de la disciplina militar, en tanto que la postura del capitán parece más acorde con la vida castrense, al comprometerse a realizar el servicio, para el que había sido designado, y ejercer *a posteriori* sus derechos o lo que él entiende por tales.⁷

D. Si hacemos referencia a la frase «buen modo» que es exigible en el ejercicio del derecho de petición, y que sirvió de base para dictar la sentencia condenatoria al capitán al considerar que el hecho de advertir a un superior que cumpliría la misión encomendada «sin perjuicio de emprender las acciones legales que proceda», dista años luz del comportamiento del sargento, el cual *manu militari*, nunca mejor dicho, después de solicitar el permiso reglamentario para abandonar la formación, sale de la misma al no ser concedido tal permiso, para reintegrarse a ella después, una vez concluida la ceremonia religiosa.

E. Es palpable que no parece, en el caso del sargento, que exista «buen modo» alguno, antes al contrario, lo que se produce es una definitiva negativa a permanecer en la formación hasta el punto de salirse de ella a pesar de habersele negado tal salida de manera taxativa. Mientras que el capitán advierte que pese a todo realizará el servicio, el sargento se niega en rotundo a ejecutarlo. La postura de cada sujeto en cada uno de los hechos es radicalmente opuesta, de decidida rebeldía en el primero de los casos, de aceptación en el segundo, si bien con las consecuencias que ya sabemos.

Y lo mismo cabe afirmar si nos fijamos en la postura psicológica de ambos, en cuanto se refiere a la disciplina militar⁸. A nuestro modo de ver, en el caso del sargento se produce un claro enfrentamiento respecto a la obediencia debida a los superiores, si bien tal conducta ha de paliarse o justificarse con una problemática de índole religiosa.

⁷ El artículo 34 de las RROO FFAA, aprobados por Ley 87/1978, mantiene: «Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

⁸ STS Sec. 6.^a, de 13 de marzo de 1999, F. J.2. Ponente Sr. Peces Morate, Diario *La Ley*, 27 de mayo 1999.

No parece de recibo, al menos en principio, condenar al capitán por haber cometido una falta de respeto en tanto que se absuelve al sargento cuando la forma de actuar de éste no parece encajable dentro del concepto «buen modo».

III. LOS SUPUESTOS MOTIVOS DE CONCIENCIA

Mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998 que «varios suboficiales de la compañía de la Base Militar de M., entre los que se encontraba el sargento FEHS, se presentaron al Capitán y le manifestaron que por *razones de conciencia* se les excusara de rendir honores a la Virgen».

El contenido de la frase que destacamos obliga a realizar una serie de reflexiones que es preciso puntualizar.

No consta en la sentencia qué razones de conciencia alegaban los citados suboficiales. ¿Se trataba de motivos éticos, filosóficos, religiosos...?⁹ Evidentemente habrá que decantarse por éstos últimos, pero ello implica una simple suposición. Sentado esto no deja de ser sorprendente que el Tribunal Supremo, y con anterioridad el Tribunal Militar Central, acepten, sin más, una petición verbal de los expresados suboficiales. Ha de advertirse que con posterioridad el coronel del regimiento recibió nada menos que veinticuatro peticiones por escrito de otros tantos suboficiales, alegando única y exclusivamente *razones de conciencia* para ser relevados de formar parte del Batallón de honores. Tampoco en los respectivos escritos se alegaron ni determinaron en qué consistían o cuáles eran tales escrúpulos de conciencia.

A la vista de cuanto antecede, surge la interrogante acerca de si basta la alegación simple de la existencia de un motivo de conciencia sin más,

⁹ En primer lugar, las motivaciones que pueden aducirse para legitimar la objeción al servicio militar se enuncian en la ley española tomando como base la ya aludida Resolución 337 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa: convicciones de «orden religioso, ético, moral, humanitario o filosófico u otros de la misma naturaleza». La no expresa mención de los motivos de orden político hace surgir la duda de si podrían ser eficazmente tutelados por el derecho español. Sin duda, esa ausencia parece intencionada. Pero, aun reconociendo la cautela que manifiesta el derecho comparado hacia unas motivaciones que pueden tomar direcciones no estrictamente acordes con la noción de orden público, la realidad es que tanto la doctrina como alguna jurisprudencia extranjera han acabado por admitirlos.

o es exigible aportar siquiera una referencia, aunque ésta sea mínima para apoyar la objeción, porque en el supuesto de que no sea necesario complementarse dicha alegación con la simple y llana manifestación de la razón en la que se sustenta la objeción alegada, como consecuencia del ejercicio de la libertad religiosa, podría convertirse en una patente de corso para no realizar un servicio; por lo que parece más lógico la exigencia de avalar la objeción en una causa, sea cual fuere la motivación de ésta.

Parece ser, según se desprende del texto de la sentencia, que la negativa a formar parte del batallón de honores estaba fundamentada en razones exclusivamente religiosas, y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 234 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra se impone a los mandos «respeto y protección», pero tal norma ha de ser interpretada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 423 de las propias Ordenanzas que contienen un explícito consentimiento que faculta a aquellos militares que no profesan la misma religión, su falta de asistencia no sólo a la ceremonia religiosa, sino participar en los actos inherentes a la misma¹⁰.

De otro lado hay que advertir que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias; el militar «puede ser preguntado sobre las mismas, si bien podrá no contestar»¹¹.

Por nuestra parte, creemos que la intervención de un organismo administrativo en el reconocimiento del estatus de objetor no es, por principio, incompatible con el esquema jurídico al que responde el derecho a la libertad religiosa, si bien en el supuesto de que se plantee en términos de una excesiva fiscalización, puede resultar abusivo frente a otros derechos fundamentales. Por ejemplo, en la República Federal Alemana se exige una «exposición personal y detallada de los motivos de la decisión de conciencia, así como un certificado de buena conducta», si bien no procederá ninguna indagación sobre hechos de índole externa por

¹⁰ Vid. artículos 234 y 423, de las RROO del Ejército de Tierra transcritos en la nota núm. 3.

Vid. en el mismo sentido el artículo 461 RROO del Ejército del Aire.

¹¹ El artículo 239 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, en vigor por Real Decreto 2.945/1983, de 9 de noviembre, señala: «no podrán ser obligados a declarar sobre su ideología religión o creencias, pero pueden ser preguntados a los solos efectos de facilitar la organización de la asistencia religiosa, si bien podrán abstenerse de contestar si así lo desean».

parte de la Oficina Federal (art. 5.2); en Austria la Comisión del Servicio Civil «deberá valorar especialmente la conducta del peticionario en el pasado»; en Bélgica el Ministro del Interior podrá recabar «todos los datos relativos al interesado» y «el Consejo de Objetores de Conciencia oirá a los testigos oportunos»; en Italia, donde no pueden objetar quienes posean ciertas licencias de armas o quienes hubieran sido condenados por tenencia ilícita de las mismas, la Comisión podrá recoger «todos los elementos de juicio necesarios para determinar la validez de los motivos alegados»; y, finalmente, también en Francia la Comisión «podrá citar a declarar a toda persona cuyo testimonio juzgue conveniente»¹².

Coincidimos por ello con la argumentación del Magistrado disidente, Sr. C. de la Vega, cuando afirma en su voto particular a la sentencia que comentamos que:

«el objetor de conciencia no debe sentirse lesionado porque su derecho, que es un derecho y como tal social en cuanto ejercido en la sociedad o frente a la sociedad, y no un arcano impenetrable o un absoluto reverencial, puede ser «visto» socialmente, es decir, apreciado por la comunidad a la que el objetor pertenece, aunque discrepe o sienta de una norma particular/general».

En consecuencia, no parece que la mera referencia a las razones en las que se basa la objeción constituya una violación de la garantía del artículo 16.2 de la Constitución, por la que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias», sino una lógica excepción a la misma¹³.

Abundando en lo ya dicho, es de destacar que al Tribunal Supremo le bastó la simple alegación de motivos de conciencia¹⁴.

¹² GASCÓN ABELLÁN, M., «Obediencia al derecho y objeción de conciencia». *CE Constitucionales*, p. 222.

¹³ «La objeción es en sí misma una forma de manifestar las propias creencias; si además se pregunta acerca de los motivos que fundamentan la objeción, es indudable que se está inquiriendo y exigiendo una respuesta sobre el alcance y significado de esa creencia». IVÁN C. IBÁN y L. PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, p. 105.

¹⁴ En el artículo 2.a) de la LOLR, los términos «manifestar» y «declarar» son utilizados de forma sinónima y su significado equivale a dar a conocer, exhibir, exponer, explicar lo que está oculto y no se entiende bien; dar a conocer los propios sentimientos o pensamientos; lo que a nuestro entender dista mucho de la simple exposición de la adscripción a una religión a los meros efectos de cumplir lo dispuesto en otras normativas. La aplicación de esta norma, llevada a sus últimas consecuencias, conduce a una clara inseguridad jurídica; piénsese, por ejemplo, en la problemática referida al Derecho laboral, o determinados aspectos fiscales donde necesariamente se impone o se desprende la religión que sigue una persona.

Es verdad que el artículo 2 apartado 1.º de la LOLR permite al individuo abstenerse a declarar sobre sus propias creencias religiosas, pero no es menos cierto que, en los supuestos como los que se exponen en la sentencia, resulta imprescindible conocer los motivos en los que se fundamenta la petición de falta de asistencia a una ceremonia religiosa; basando simplemente la manifestación de no profesar la religión católica

MANTECÓN, J., «La libertad religiosa como derecho humano». *Tratado de Derecho eclesiástico*. Eunsa, 1994, p. 127.

SOUTO PAZ, J. A., *Derecho eclesiástico del Estado*, Pons, 1995, p.108.

Respecto a los límites del ejercicio de la libertad religiosa, el Profesor Martínez Torrón mantiene: «Es preciso que exista una proporción entre el fin perseguido y las medidas restrictivas empleadas para ciertas conductas, ya que sólo entonces tales medidas podrán calificarse como *necesarias en una sociedad democrática*». MARTÍNEZ TORRÓN, J., «La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia Europea». ADEE 1993, vol. IX, p. 78.

Vid. CORRAL SALVADOR, C., *La libertad religiosa en la Comunidad Económica Europea*. Temas Europeos, 1973, pp. 249 y 325.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Derecho eclesiástico del Estado», *Derecho a la libertad religiosa*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2.ª ed, 1991, p. 797. Afirma: «Pueden establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos en función del interés general tipificando las conductas contrarias o como simples infracciones acreedoras de sanciones administrativas, o como conductas penales tipificadas como faltas o delitos, pero en todo caso como ilícitos penales, que llevará aparejada la correspondiente sanción penal. Puesto que se trata de medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales deberán ser absolutamente necesarias, ya que de lo contrario incurriríamos en inconstitucionalidad y, consiguientemente además, en su ampliación deberán interpretarse restrictivamente.»

LOMBARDÍA, P.; FORNÉS, I., *Fuentes de Derecho eclesiástico Español*, Eunsa 1996, p. 108. Estos autores mantienen: «... la fórmula empleada por el artículo 3 LOLR, parece constituir una síntesis del artículo 2 de la antigua ley de libertad religiosa de 29 de junio de 1967; de la noción de orden público de la declaración *Dignitatis humanae* que, probablemente influyó en el artículo 16 de la Constitución española, precisamente a través de la Ley de Libertad Religiosa de 1967; y en fin, del artículo 9.2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma 4-XI-1950), cuyo tenor literal es el siguiente: La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o libertades de los demás.»

El concepto de «medidas necesarias» debe ser entendido como la utilización de medidas «admisibles», «morales», «útiles», «oportunas», «razonables», etc... MARTÍNEZ TORRÓN, J., «La protección internacional de la libertad religiosa». *Tratado de Derecho eclesiástico*, 1994, pp. 123 y ss.

Vid. COMBALÍA ZOILA, «Los límites del derecho de libertad religiosa». *Tratado de Derecho eclesiástico*, 1994, pp. 471 y ss.

sin que tan siquiera sea exigible expresar qué otra religión se practica, pertenece o se está adscrito, salvo que se trate de no tener o practicar religión alguna, si bien en este supuesto se roza siquiera de forma tangencial con la falta de deseo de no cumplir un servicio. Pero en el caso que nos ocupa sería admisible en alguno de los suboficiales, pero no resulta creíble en los veinticuatro que presentaron sus objeciones.

Por último, no debe pasar por alto el hecho de la alegación de razones de conciencia nada menos que por veinticuatro Suboficiales. Por el número y forma de plantear la objeción, más parece que se busca, por el camino del ejercicio de la libertad religiosa, un medio para no realizar un acto castrense.

En torno a la objeción de conciencia o al ejercicio de la libertad religiosa alegada por los Sargentos, no parece que deba ser suficiente la simple manifestación de *motivos de conciencia*. Juzgamos que los motivos de conciencia han de sustentarse en una determinada ideología o trayectoria ética, filosófica o religiosa. Hubiera bastado por parte del sargento o sargentos alegar ciertas circunstancias inherentes a tales causas: «No practico la religión católica». «No deseo formar parte del batallón de honores por mi condición de testigo de Jehová. Ruego se me dispense del servicio por seguir la religión evangelista, etc...». Éstas u otras posturas semejantes hubieran sido suficientes para eximir a los sargentos del servicio para rendir honores. La simple alegación de *motivos de conciencia* no parece concluyente para dispensar de un servicio. Nos basamos, para hacer tal afirmación, en el hecho de que tanto la Ley 48/1984 de 26 de diciembre como la 22/1988 de 6 de julio exigen que se expresen cuáles sean los motivos de conciencia¹⁵.

«En general, sin embargo, se ha mantenido la doctrina precedente del Tribunal, que, con numerosos matices, gira en torno al respeto del margen de discrecionalidad del Estado para apreciar cuándo ciertas medidas “previstas por la Ley” son verdaderamente “necesarias”. De acuerdo con esa doctrina, con referencia a la expresión “previstas por la ley” se ha reafirmado que las autoridades administrativas, aunque naturalmente no pueden actuar con plena discrecionalidad al restringir la libertad religiosa, sí pueden adoptar medidas concretas dentro de un marco genérico de facultades concedido legalmente con anterioridad. Y, análogamente, idéntica operatividad ha de reconocerse a las autoridades judiciales, especialmente en los países de la tradición jurídica anglosajona, en los que posee un secular arraigo la inducción o mandato judicial que prohíbe u ordena una determinada conducta.»

MARTÍNEZ TORRÓN, J., «La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia Europea». *ADEE*, vol IX, 1993, p. 79.

¹⁵ La Ley 48/1984 de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y la Prestación Social Sustitutiva (*BOE*, 28 de diciembre de 1984) determina:

Por otra parte, si ponemos en relación los apartados *a)* y *b)* del artículo 2.º-1, de la LOLR podemos observar que es fácil llegar a una clara incongruencia si llevamos su interpretación y aplicación a sus últimas consecuencias. Si bien es verdad que una persona puede abstenerse de declarar sobre sus creencias religiosas (apartado *a)*, y ese mismo individuo no puede ser obligado a practicar actos de culto contrarios a sus convicciones personales (apartado *b)*, necesariamente, hemos de llegar a la conclusión que para evitar no transgredir cuanto se refiere a la obligación de practicar actos de culto, se impone conocer previamente la ideología religiosa de tal persona o, en su caso, la ausencia de ideología religiosa; pero, necesariamente, se ha de disponer de un dato, por mínimo que este sea, utilizable a los solos efectos organizativos o de orden.

«Artículo 3: 1. En el escrito de solicitud se hará constar, además de los datos personales y de la situación militar del interesado, con expresión del organismo del reclutamiento a que esté adscrito o ante el Ayuntamiento u Oficina Consular en que debe efectuar su inscripción, los motivos de conciencia que se oponen al cumplimiento del servicio militar, así como las aptitudes y las preferencias para realizar la prestación social sustitutoria. Asimismo, el interesado podrá aportar cuantos documentos y testimonios estime pertinentes a fin de acreditar las manifestaciones alegadas.

2. El Consejo podrá recabar de los interesados que, por escrito u oralmente, amplíen los razonamientos expuestos en la solicitud. Podrá, igualmente, requerir de los solicitantes o de otras personas u organismos la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes.»

La Ley 22/1998, de 6 de julio, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, mantiene:

«Artículo 1. El derecho de la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30 de la Constitución se ejercerá conforme a lo dispuesto en la ley. Los españoles sujetos a obligaciones militares que, por motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza, sean reconocidos como objetores de conciencia quedarán exentos del servicio militar, debiendo realizar en su lugar una prestación social sustitutoria.»

«Artículo 3. En el escrito de solicitud de reconocimiento de la condición de objetor se harán constar los datos personales y situación militar del interesado especificándose el órgano de reclutamiento a que esté adscrito, o el Ayuntamiento u Oficina Consular en que deba efectuar su inscripción, así como los motivos de conciencia de acuerdo con el artículo 1.2 de la presente Ley. También podrán manifestar las preferencias para la efectiva realización de la prestación social sustitutoria.»

«Artículo 4. El Consejo nacional de Objeción de Conciencia decidirá sobre la procedencia o improcedencia del reconocimiento de la condición de objetor, atendidos los términos de la solicitud, no pudiendo, en ningún caso, valorar los motivos alegados por el solicitante. La resolución que se dicte pone fin a la vía administrativa y contra la misma se podrá interponer recurso contencioso-administrativo. El plazo para resolver las solicitudes de reconocimiento será de tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución, la solicitud se entenderá estimada.»

Volviendo sobre el contenido del artículo 239 de las Reales Ordenanzas, es factible la pregunta sobre la creencia religiosa de los militares a los meros efectos de organización, es decir, sin otra trascendencia que a efectos administrativos para «facilitar la organización de la asistencia religiosa». Si bien es verdad que el militar puede abstenerse de contestar, no parece lógico que luego, *a posteriori*, alegue motivos de conciencia para incumplir un servicio toda vez que a los mandos se les priva de disponer de elementos de juicio idóneos para adscribir o no a determinadas personas ciertos servicios de contenido religioso en función de la personal ideología religiosa de cada uno de ellos.

En este punto habría que determinar si el concepto de «orden público protegido por la ley» podría ser entendido como orden jurídico, orden administrativo u orden organizativo.

La idea de orden público es, en concepto de Alzaga, un orden público indeterminado cuya aceptación amplia supone tanto como el desarrollo armónico de las energías humanas en el seno del Estado¹⁶. A la vista de ello, y teniendo en cuenta que los derechos fundamentales se ejercen como derechos subjetivos, y que tales derechos subjetivos tienen determinadas limitaciones cuando entran en colisión con otros derechos subjetivos y con los derechos de los demás, surge la pregunta acerca de si el derecho fundamental a la libertad religiosa puede limitarse de alguna forma en función de un orden jurídico como consecuencia de la capacidad organizativa de carácter estatal. Se trata, como en tantas otras ocasiones, de establecer una cuestión de límites. En concreto ha de determinarse si el ejercicio de la libertad religiosa puede limitarse en función de la obligatoriedad organizadora del Estado que va, de rechazo, a influir en la necesidad organizadora del país.

De otro lado, no debe olvidarse el hecho de que el concepto de orden público es esencialmente cambiante, y que sobre tal concepto va a incidir todo un proceso evolutivo de carácter social, económico, político e incluso jurídico, lo que implica que el ejercicio de la libertad religiosa llevado a sus últimas consecuencias podría acarrear, a la larga, resultados irreparables respecto de la imposibilidad de la organización y control, de carácter estatal¹⁷.

Por ello se impone, quiérase o no, una ponderada limitación del ejercicio de la libertad religiosa, en función de la labor organizativa del Esta-

¹⁶ ALZAGA VILLAMIL, O., *Constitución española de 1978*, p. 190.

¹⁷ STC 185/1989 de 13 de noviembre F. J. 4.

do. Así parece desprenderse de los artículos 234 y siguientes de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra. Si se afirma que los Mandos protegerán y respetarán el derecho a la libertad religiosa de sus subordinados; si se mantiene que facilitarán el cumplimiento de los deberes religiosos; si se dice que autorizarán las reuniones y los actos de culto de las distintas religiones, etc., mal pueden respetar, autorizar o proteger cuando se desconocen aspectos tan elementales, a efectos de organización, como es la adscripción a una u otra religión¹⁸.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, mantiene en su artículo 18.3.º: «La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

Por su parte el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, dis-

No debe olvidarse el contenido del artículo 8-1.º del Acuerdo entre el Estado Español y la Federación de Entidades Evangélicas que dispone: « Se reconoce el derecho de todos los militares de la confesión evangélica, sean o no profesionales, y de cuantas personas de dicho credo religioso presten servicio en las Fuerzas Armadas, a participar en las actividades religiosas y ritos propios de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE, en los días y horas de precepto de las diferentes confesiones que la integran, previa oportuna autorización de sus Jefes, que procurarán que aquellos sean compatibles con las necesidades del servicio, facilitando los lugares y medios adecuados para su desarrollo». En idéntico sentido están redactados los artículos 8-1.º del Acuerdo con la Comunidad Israelita y del Acuerdo con la Comisión Islámica. Ello evidencia, sin duda, que los Jefes, necesariamente, habrán de conocer la religión que practican sus subordinados a los simples efectos de organizar las necesidades de los servicios.

La STC 160/87 FJ, 5, *a* y *b*, mantiene: «Partiendo de esta base, afirma el TC que la posible colisión con los derechos reconocidos en los artículos 16.2 y 18.1 CE desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que si lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas y por tanto exteriores a su conciencia –de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias, razón por la cual añade que si la necesaria declaración del objetor, por los motivos que fueren, no supone vulnerar el derecho, tampoco lo implicará la petición del Consejo dirigida al objetor para que amplíe los razonamientos de la solicitud, siempre que se atenga a los términos de ésta y a los motivos que se expongan de acuerdo con el artículo 1.2 de la Ley 48/1984, ya que razonablemente cabe la posibilidad de una solicitud escueta, imprecisa, no razonada en principio, o bien contradictoria».

¹⁸ *Vid.* STC 106/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 al 14.

tingue entre la protección del orden, para hacer referencia después a la salud o a la moral públicas, cuando mantiene: «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

Por su parte, el artículo 595 de las Reales Ordenanzas de la Armada mantiene: «Las ceremonias militares de especial contenido espiritual podrán ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan. Con la debida antelación se hará advertencia de que aquellos que no profesen la correspondiente religión quedan dispensados de asistir al acto religioso».

De donde se deduce que, para proceder a la dispensa al acto religioso, se impone conocer la correspondiente religión de cada individuo. Reiteramos el término «conocer», simplemente; el hecho de intentar profundizar en un mayor o más amplio «conocimiento», llevaría aparejado un atentado contra la Constitución y la LOLR.

Decíamos anteriormente que, como en otras tantas ocasiones, se trata de establecer una cuestión de límites; pero para establecer tales límites hace falta partir de la base de un ejercicio racional del derecho y buscar en cada caso un punto de equilibrio entre los principios de orden y libertad religiosa.

Suscribimos plenamente cuando mantienen los profesores Navarro Valls y Martínez Torrón, cuando afirman:

«En este sentido parecen razonables aquellas posiciones doctrinales que, incluyendo a la objeción de conciencia en el catálogo de los derechos fundamentales, llegan a una doble conclusión. De un lado, que el ejercicio de la objeción de conciencia no puede quedar limitado tan sólo a las concretas modalidades amparadas y reguladas por la ley. Y de otro lado, que, gozando de una presunción de legitimidad constitucional –en la medida en que se trate de una verdadera objeción de conciencia, cuestión que también habría de ventilarse en el campo de la prudencia jurídica–, el juez viene obligado a una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto cuando el sujeto singular elude el cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia; conflicto que puede describirse como dictamen ético *versus* norma externa, es decir, concreción *ad casum* de los principios más generales de libertad de conciencia *versus* obediencia al derecho»¹⁹.

¹⁹ NAVARRO VALLS, R.; MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*. McGraw-Hill, 1997, p. 7.

La indemnización por daños morales

Seguramente, la característica que hay que resaltar en la sentencia y que abre camino a posibles y futuras resoluciones reside en el reconocimiento que hace el Tribunal Supremo de la existencia de daños morales y consecuentemente de la estimación del derecho a ser indemnizado.

En sus alegatos, el sargento FEHS mantuvo que los hechos acaecidos le ocasionaron graves daños morales, así como una situación anímica que ha afectado gravemente a su integridad psíquica. Igualmente aduce, y sobre ello se practicó la prueba oportuna, en cuanto se refiere a la cuestión de hecho relativa a los daños psíquicos y las bajas médicas que le fueron concedidas durante el padecimiento que, dice, se inició con la sanción impuesta y evolucionó, hasta originarle la situación actual de trastorno anímico crónico, que le ha producido la pérdida de condiciones psicofísicas para su profesión habitual, valorando desde su personal criterio las resultas de la prueba practicada.

Se interpuso el recurso de casación, amparándole en el artículo 95.1.º.4 LJCA, y en base a una triple fundamentación: *a)* la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, y en particular de la emanada de la Sala, en relación con la prueba de los daños morales en determinados supuestos; *b)* la inversión de la carga de la prueba en virtud de la denominada teoría de la creación del riesgo, y *c)* la infracción del artículo 495 *b* de la Ley Procesal Militar y que, acreditado el daño, la sentencia ha de limitarse a declarar el derecho a la indemnización, quedando diferida su cuantificación al periodo de ejecución de sentencia.

Examinando ya las razones expuestas, la Sala estimó, en cuanto a los daños morales, la doctrina invocada en el primero de los puntos en que desarrolla el motivo:

«Efectivamente, acogiendo el criterio de este Tribunal, Sala de lo Civil, en su Sentencia de 3 de junio de 1991 y 5 de marzo de 1994, establecieron la posibilidad de que, en determinadas condiciones, el Tribunal pueda apreciar la existencia de daños morales como consecuencia de tal arresto, un procedimiento anímico que había desembocado en una insuficiencia de

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, 1992, p. 47.

Vid. PECES BARBA, G., «Desobediencia civil y objeción de conciencia», en *Anuario de Derechos Humanos*. 1988, pp. 167-168. PRIETO SANCHÍS, L., «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», en *Il diritto ecclesiástico*, 1984, pp. 3 y ss.

condiciones psicofísicas para el desarrollo de su actividad como militar profesional, y que, en función de todo ello, solicitó en el recurso contencioso-disciplinario militar la indemnización que por los daños y perjuicios sufridos, tanto por el recurrente como por su familia, pudiera corresponderle, cuya cuantificación se difirió para el momento de ejecución de la sentencia, solicitando igualmente el recibimiento a prueba. Acordado de conformidad por el Tribunal *a quo*, se practicó la propuesta por el recurrente, con el resultado que consta en las actuaciones»²⁰.

En relación a la indemnización por daños, transcribimos a continuación distintas resoluciones que merecen ser destacadas por su interés.

En la sentencia del TS de 22 de mayo de 1995, actuando como ponente el Sr. Martínez Calcerrada, se afirma:

«Respecto al daño moral, por el que también se reclama, se trata de un tema controvertido, pues es difícil cuantificar el perjuicio psicológico del enfermo...»

«...Por cuanto lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales; en esa idea se han especificado por la recurrida perfectamente las circunstancias determinantes de las sumas en que se cuantifican los daños morales; y se destaca el núcleo acertado de su diversidad etiológica, en su proyección psicológica... pero entendemos que con ello se trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención médica y el progresivo deterioro de su salud... el dolor inferido al paciente, la zozobra, inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre...»

«... porque la Sala expone con acierto, que esa sensación lacerante o erosionante concita sobre sí un único, en cierto modo, síndrome generador del atributo del resarcimiento...»

²⁰ La sentencia del TS de 27 de julio de 1993 mantiene:

«...pues concedida por daños morales a los padres y también materiales o patrimoniales, al no haberse probado éstos, tal indemnización ha de ser ajustada exclusivamente a los daños morales...»

La sentencia del TS de 23 de abril de 1992 afirma:

«El motivo ha de ser aceptado, pues es una evidencia cegadora el dolor moral que experimenta una madre en una situación tan lamentable como la que resulta de los autos, habida cuenta que tendrá que soportar los inmensos trastornos que supone cuidar a una inválida...»

La sentencia del TS de 14 de diciembre de 1993 asegura:

«...en el caso del daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia del perjuicio económico, pero ello no significa que la acción encaminada al reconocimiento del derecho conduzca siempre a la producción de un daño moral, porque éste ha de constatarse en la instancia y en la sentencia recurrida».

También, por su interés es de destacar la sentencia de la Sala segunda del TS, siendo ponente el Sr. Sierra Gil de la Cuesta en fecha 6 de junio de 1997:

«...el daño inferido del referido dato (*wrongful life*) no es patrimonial, y para su valoración, siempre evanescente, dada la dificultad de fijar parámetros económicos... hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el impacto psíquico, atención que exige los cuidados del enfermo, necesidad de tener que disponer de una persona asalariada, edad que puede alcanzar el enfermo, etc., todo lo cual hace posible y hasta lógico el montante de la suma reclamada por la parte ahora recurrente».

Otra sentencia del mismo Alto Tribunal de 21 de noviembre de 1995 llega a idéntica conclusión cuando mantiene:

«Los daños indemnizables se fijan prudentemente al tener en cuenta las circunstancias que concurren (lesiones, secuelas, edad de la víctima, etcétera).»

La sentencia del TS de 18 de febrero 1999, siendo ponente el Sr. Villagómez Rodil, mantiene:

«En cuanto a la reparación de daños morales, se impone su estimación si bien en la cantidad de 3.500.000 ptas (la actora solicitaba 5.000.000) por corresponder a los Tribunales su libre apreciación y cuantificación»²¹.

Por último, la sentencia de 11 de marzo de 1999 determina :

«En lo que atañe a la realidad o no de los daños morales alegados por el recurrente y estimados por la sentencia de instancia, es incuestionable que la privación de un mes y medio de libertad como consecuencia de una sanción posteriormente anulada por falta de presupuesto fáctico de la conducta típica sancionable, conlleva, para quien ve limitados sus derechos en la forma dicha, un perjuicio moral indudable no sólo por la privación de libertad en sí misma, sino por el descrédito que ello supone para quien se le atribuye la comisión de una falta grave en el desempeño de su actividad profesional»²².

El contenido de la Jurisprudencia recogida nos lleva a la conclusión de que no carece de razón el recurrente al solicitar que se declare su derecho a ser indemnizado por los daños morales que sufriera, si bien deberá limitarse tal declaración a los personales, dejando fuera de la litis toda

²¹ Diario *La Ley*, 8 de abril de 1999, p. 9.

²² STS Sección 3.^a, 11 de marzo de 1999, Ponente Sr. Sieira Mínguez, F. J. 3; Diario *La Ley* 11 de junio de 1999, p. 13.

cuestión relativa a los que pudiera haber sufrido su familia, según veremos a continuación.

La pretensión de la representación del suboficial extendía el alcance indemnizatorio a los siguientes extremos: por una parte los daños morales infringidos al sargento primero, y por otro lado a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados. Además solicita también una indemnización por los perjuicios y daños producidos a la familia del sargento, así como otra indemnización por daños irrogados al honor del repetido sargento.

La sentencia que comentamos solamente condena al pago de los daños morales «aunque sobre su existencia y cuantía no se haya practicado prueba en el proceso» ya que «había sido indebidamente privado de libertad por la ilegítima imposición de la sanción de arresto ya que dicha sanción era consecuente con la actitud del recurrente en defensa de su derecho a la libertad religiosa».

La sentencia rechaza de plano la indemnización, tanto en concepto de daños y perjuicios irrogados al propio sargento, como los ocasionados a la familia del mismo, así como los daños causados al honor militar.

Es doctrina constante del Tribunal Supremo:

«que no se puede admitir la tesis de que si se condena a indemnizar perjuicios materiales no se pueden estimar al mismo tiempo los de índole moral con sustantividad independiente, porque no hay precepto legal ni doctrina jurídica que lo autorice, pues con la apreciación conjunta de unos y otros no se indemniza doblemente, sino que se concede por un hecho único una sola indemnización, que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios ocasionados tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral y en ambas conjuntamente si a los dos alcanza la perturbación indemnizable²³.

²³ SSTs de 11 de diciembre de 1949, y 5 de julio de 1972.

Por su parte la sentencia dictada por el TS, Sección Tercera, en fecha 11 de marzo de 1999, siendo Ponente el Sr. Sieira Mínguez (Diario *La Ley*, 11 de junio de 1999), mantiene en el Fundamento Jurídico tercero: «En lo que atañe a la realidad o no de los daños morales alegados por el recurrente y estimados por la sentencia de instancia, es incuestionable que la privación de mes y medio de libertad como consecuencia de una sanción posteriormente anulada por falta de presupuesto fáctico de la conducta típica sancionable, conlleva, para quien ve limitados sus derechos en la forma dicha, un perjuicio moral indudable, no sólo por la privación de libertad en sí misma, sino por el descrédito que ello supone para quien se le atribuye la comisión de una falta grave en el desempeño de su actividad profesional».

Por otro lado, la STS, Sección Sexta, de 3 de mayo de 1999 (Diario *La Ley*, de 13 de julio de 1999, p. 14) mantiene: «En cuanto al daño moral por la indebida privación de

Si bien el daño moral es compatible con la indemnización por daños y perjuicios, estos últimos exigen la correspondiente prueba de su existencia, tanto desde el punto de vista de precisar la causa de los mismos, la culpabilidad o negligencia de quien los ocasionó o la extensión de tales daños en orden a la valoración de los perjuicios.

libertad, hemos de reconocer una vez más, el componente altamente subjetivo del mismo como el de cualquier otro perjuicio de tal naturaleza (SS 1 dic. 1989, 4 ad. 1989, 331 oct. 1990, 18 oct. 1993, 27 nov. 1993, 19 nov. 1994, 2 dic. 1995, 20 abr. 1996 y 4 oct. 1997). Ahora bien, en reciente sentencia de nuestra Sala de 20 feb. 1999, hemos dicho que en los supuestos de los daños morales por prisión preventiva con ulterior absolución por inexistencia objetiva o subjetiva del hecho, para la efectividad del criterio legal de fijación de la cuantía de la indemnización, recogido en el propio artículo 294.2 LOPJ: tiempo de privación de libertad y consecuencias personales y familiares que se hayan producido convenía señalar determinadas pautas que sirvan de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y, al mismo tiempo, eviten desigualdades en la indemnización del perjuicio moral. Y, efectivamente, en esa sentencia fijamos ya esos criterios, puramente indicativos, en absoluto vinculantes, y de los que podemos servirnos aquí. Según decía nuestra Sala en la sentencia que venimos haciendo referencia, es lógico que el tiempo de la privación de libertad, agrave progresivamente dicho perjuicio, de manera que la fijación de idéntica cantidad por cada día de prisión no parece acertada, ya que no es lo mismo estar en prisión preventiva una semana, que un mes o un año, y, en consecuencia, se debe incrementar la indemnización progresivamente en lugar de proporcionalmente, si bien la determinación de cada periodo y el tipo de incremento ha de quedar al prudente arbitrio del juzgador en cada caso concreto atendiendo las circunstancias que seguidamente señalaremos. A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social y ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar, pero las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para que sus consecuencias sean diferentes según cada persona, lo que debe reflejarse en la cuantía de la compensación económica de aquél. También son trascendentes a tal fin la posibilidad o no de rehabilitar la honorabilidad perdida y la mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la huella que haya dejado en la persona o conducta del que la ha padecido, secuelas que, evidentemente, no son idénticas en cualquier caso...».

SANTOS BRIZ, J., en *Comentarios al Código Civil*. Dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XXIV, pp. 223-225, asegura:

«Es exigible al autor de un delito o falta la reparación del daño causado y la indemnización de daños y perjuicios que se hubieren causado por razón de la infracción cometida, tanto al agraviado como a su familia o a un tercero, sin que atienda únicamente a la reparación de daños y perjuicios eminentemente materiales, ni se reduzca sólo a la satisfacción efectiva de los menoscabos económicos ... sino que comprende también los daños morales, entendiendo por tales, tanto aquellos que aminorando la actividad personal debilitan la capacidad de obtener riqueza, como los constituidos por el simple dolor moral, aunque no trasciendan a la esfera patrimonial propiamente dicha, y en este sentido no cabe duda que deben apreciarse y deben ser valorados los producidos como consecuencia de la actividad desarrollada por los acusados...»

Vid. también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16, de 29 abril 1999, F. J. 8.

El hecho cierto es que, como hemos dicho, el sargento primero don FEHS hubo de cumplir un arresto de sesenta días, de los cuales treinta estuvo privado de libertad, al ser considerado autor de una falta grave del artículo 9.16 LO 12/1985 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en un falta de subordinación que no constituya delito²⁴.

Desde nuestra perspectiva, tiene razón el Tribunal Supremo al rechazar la petición de indemnización por daños y perjuicios, en base a que no fueron demostrados, ya que además en este supuesto concreto, los daños y perjuicios, que se dicen, aparecen comprendidos dentro del concepto del daño moral, puesto que la violación del derecho a la libertad religiosa debe ser contemplado desde la óptica de tal daño, e igual consideración han de tener el derecho a la dignidad y el derecho al honor alegados por el sargento. Tanto el honor como la dignidad de una persona son conceptos singulares y paralelos, de difícil aprehensión, de no fácil valoración, que forman parte de la personalidad de cada individuo, por lo que han de ser enfocados y valorados dentro del concepto de daños morales. Lo que ocurre es que a la hora de evaluar los daños morales se justiprecian todos ellos de forma global sumando, por hablar de alguna forma, el daño moral infligido al honor de una persona, a lo que ha de añadirse el daño moral ocasionado contra su intimidad, prestigio profesional, etc., siempre, claro está, que el conjunto de daños sea causado por un mismo acto²⁵.

Resta por estimar los daños psíquicos y los daños ocasionados a la familia del tantas veces repetido sargento, tanto en uno como en el otro supuesto, se impone una actividad por parte del actor tendente a determinar, como ya hemos visto con anterioridad, como influyó la privación de libertad en la psiquis en la familia del militar, así como establecer una relación de causa-efecto de que fue precisamente la detención del mismo, y no otro motivo ajeno, lo que produjo esos supuestos daños psíquicos que, de existir, han de ser probados y merecerían ser indemnizados. Si como hemos visto antes no existió actitud probatoria alguna ten-

²⁴ Para entender la distinta apreciación de los hechos por parte del Alto Tribunal o los condicionantes de su línea evolutiva, se hace imprescindible advertir que el Tribunal Supremo impuso al capitán a que hicimos referencia al principio «la sanción de ocho días de arresto por la comisión de una falta leve de disciplina, reconociendo que las Resoluciones administrativas no vulneran los derechos fundamentales alegados por el recurrente ni tampoco la legalidad del artículo 25.1 de la CE cuyas resoluciones se declaran subsistentes y conformes a derecho».

La desproporción entre el resultado de ambas sentencias no deja de ser notable.

²⁵ S.T-S. Sala Primera, de 22 de enero de 1999. Ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta.

dente a demostrar tan siquiera la existencia de una alteración psíquica de la familia, cosa por otra parte de fácil prueba mediante la aportación de los oportunos certificados médicos y petición de la imprescindible prueba pericial, ha de resultar inoperante la petición realizada por el actor, pero aún así, en el supuesto que se hubiera ocasionado algún daño a la familia del sargento, necesariamente tuvo que ser de carácter espiritual y afectivo por lo que, forzosamente ha de ser, en su caso, indemnizado a través del concepto de daño moral.

SOBRE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN

Admite el Tribunal Supremo que la lesión a los derechos fundamentales a la libertad religiosa personal y al honor son constitutivos de un «grave daño moral». Y pretende fijar la cuantía de la indemnización de la siguiente manera:

«Como ya antes habíamos expuesto, la lesión a los derechos fundamentales a la libertad personal y al honor, que apreciábamos han sido conculcados por la ilícita imposición de la sanción anulada, resulta inestimable. Ello no obstante, ambas lesiones a tales derechos, constitutivas de un grave daño moral para quien las ha padecido, deben ser indemnizadas, y para el establecimiento de las bases correspondientes para la determinación de su cuantía ha de buscarse algún criterio orientador de la actividad que, en definitiva, corresponde, con absoluta independencia y libertad de criterio, al Tribunal Militar Central. Viniendo a sentar un principio orientador que pudiera servir para el establecimiento de tal cuantía, la Sala estima que pudiera tenerse en cuenta lo establecido en el CP vigente en relación con la pena de multa; la razón para así estimarlo es que, en definitiva, se establece en la normativa que la regula una relación entre la privación de libertad, con las aflicciones que ello entraña, y una determinada cuantía económica, en función de la cual el impago da lugar a la sustitución de la multa por una responsabilidad personal subsidiaria de una día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, fijándose, en el artículo 50 vigente CP. Unas cuantías para las cuotas diarias que oscilan entre un mínimo de 200 pesetas y un máximo de 50.000 pesetas. Ello atendiendo a la relación de un día de privación de libertad por dos cuotas diarias, podría venir a establecer un criterio orientativo que relacionara los días del arresto cumplido con el duplicado importe de las cuotas de multa, importe que pudiera ser matizado con la necesaria atención a las circunstancias personales y familiares del recurrente, así como al hecho de que los sesenta días del arresto cumplido, treinta de ellos supusiera verdadera privación de libertad al deber extinguirlos en un establecimiento disciplinario militar, en tanto que los otros días que le fueron abonados por haber cumplido pre-

viamente una sanción por falta leve, después anulada, tan sólo entrañarían una restricción de la libertad, pudiendo estimarse que correspondería la valoración de la cuota diaria para los treinta días señalados en primer lugar, es decir, para aquéllos durante los que efectivamente estuvo privado de libertad, un importe para la indemnización que pudiera quedar comprendido entre los valores correspondientes a la cuota duplicada en la mitad superior de la previsión legal, en tanto que para los treinta días de restricción de libertad pudiera determinarse entre los correspondientes a la cuota duplicada en su mitad inferior, debiendo, en todo caso, fijarla libremente el Tribunal, atendiendo a las circunstancias del recurrente.»

La primera pregunta que debemos hacernos es cuáles son las circunstancias que han de tenerse en cuenta.

Resulta a todas luces evidente que la pretendida fijación de bases para determinar la cuantía del daño moral prácticamente es inexistente, en primer lugar porque la redacción del fundamento jurídico es tan sumamente farragosa que roza lo ininteligible; luego porque no aparece determinada ninguna cifra concreta; más tarde porque la aplicación de unos módulos para compensar el daño moral no parece que sea lo correcto; y por último, porque se deja la fijación de la cifra a indemnizar al periodo de ejecución de la sentencia y al arbitrio del Tribunal inferior. Así parece desprenderse de la fluctuación entre las doscientas y las cincuenta mil pesetas, que suponen un arco económico tan sumamente amplio que puede conducir a un visible error, apreciación ésta que puede ser matizada con la necesaria atención en relación a las circunstancias personales y familiares del recurrente, matización sobre la que más tarde haremos hincapié. Sin embargo, en descargo del Alto Tribunal, la confusión puede venir avalada por el hecho de haber solicitado la defensa del sargento que la fijación de la cuantía de la indemnización fuese determinada en el periodo de ejecución de sentencia, y no en la misma sentencia, como parece lo lógico.

La dificultad, sin duda, arranca de defectuosa construcción del artículo 50 del Código Penal, cuya redacción nos parece de difícil lectura y trabajosa interpretación; pero por otro lado elegir como módulo a utilizar empleando la pena de multa²⁶ para compensar un daño moral, no

²⁶ «La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días multa. Su extensión mínima será de cinco días, y la máxima, de dos años. Este límite máximo no será de aplicación cuando la multa se imponga como sustitutiva de otra

deja de resultar sorprendente. Por ejemplo, si no se determinan la cuotas y se señala un arco tan sumamente amplio, ¿cómo se fijan tales cuotas?; ¿cómo puede hacerse referencia dentro del concepto de daño moral de mitades superior e inferior?; y por último, ¿cómo puede fijarse una indemnización correspondiente a un daño moral teniendo en cuenta las circunstancias familiares de un individuo? Las circunstancias familiares serán en todo caso utilizables como medio para aumentar o disminuir la cifra base pero nunca deben estar en función de la fijación de tal módulo, sobre todo, si como en el caso presente, se trata de determinar algo tan sumamente íntimo como la ideología religiosa de una persona, así como las consecuencias inherentes al ejercicio de su libertad religiosa.

Evidentemente, el artículo 50 del CP está destinado en la *mens legislatoris* para imponer una pena pecuniaria y al mismo tiempo fija unos índices correctores en función de unos condicionantes de carácter personal, cosa lógica por otra parte; pero de ahí a aplicar el artículo 50 para indemnizar un daño moral inferido como consecuencia del ejercicio de la libertad religiosa de un individuo, hay mucha distancia.

En la sentencia que comentamos se hace referencia a las «circunstancias del recurrente» por lo que nos tenemos que preguntar si, como parece, son aplicables y deben ser tenidas en cuenta las mismas circunstancias, tanto para determinar el montante de una sanción como para fijar el *quantum* indemnizatorio referido al daño moral. A nuestro modo de ver, la indemnización por daño moral no está en función de datos mensurables; nada tienen que ver los ingresos, patrimonio u obligaciones. Si tienen que compensarse dolores espirituales, habrá que sopesar, o intentarlo, al menos, cómo y de qué modo influyen en la psique de un individuo determinadas sensaciones, duración e intensidad de las mismas, publicidad del daño inferido, etc., con el fin de ponderar, siquiera de

pena; en este caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el artículo 88. La cuota diaria tendrá un mínimo de doscientas pesetas y un máximo de cincuenta mil. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia el importe de la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y de las circunstancias personales del mismo Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma de pago de las cuotas.» (art. 50 del vigente CP)

forma aproximada, el perjuicio espiritual ocasionado, para así compensar, al menos en parte, el daño causado»²⁷.

Efectivamente, la ideología religiosa es un derecho fundamental, personalísimo, que adquiere determinadas connotaciones en cada persona, que necesariamente varían con cada individuo, por lo que si se pretende compensar de alguna manera el perjuicio moral ocasionado al transgredir esa esfera de intimidad religiosa y consecuentemente el ejercicio de la libertad religiosa de cada individuo, no pueden establecerse unos baremos fijos sino que habrán de sopesarse una serie de sensaciones, aflicciones o afectos a los que hay que dar una valoración económica cuya valoración ha de ser, necesariamente, diferente para cada persona y en función de cada caso concreto.

Decididamente, establecer cálculos para indemnizar los daños morales, no deja de conducirnos más que a cometer, a sabiendas, infinitos errores; deben pues utilizarse otros mecanismos menos rígidos que posiblemente sean más inseguros, pero cuya aplicación y posibles excesos puedan ser pulidos por la actividad judicial²⁸.

Pero debe distinguirse entre la fijación de las bases, cuya aplicación, como sabemos, resulta improcedente en los supuestos de daño moral, del estudio razonado destinado a determinar el *quantum indemnizatorio* del *pretium doloris*. En este sentido traemos a colación una muy importante sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, de 27 de febrero de 1998, la cual mantiene:

«Es doctrina reiterada y consolidada de la Sala Segunda y de esta Sala Quinta del Tribunal Supremo que la fijación de la cuantía de la indemnización es potestad reservada al prudente arbitrio de la Sala; pero el Tribu-

²⁷ «Cuando se trata de daños exclusivamente morales se incrementan las dificultades para fijar una base fija y homogénea que permita calcular una indemnización adecuada a los males sufridos...», «La indemnización por daños morales es una consecuencia misma del hecho delictivo y no precisa concretarse en alteraciones patológicas previamente diagnosticadas, por lo que resulta inabordable el tema de la determinación de base que fije la cantidad compensatoria.» STS Sala de lo Penal 2. 3. 94; FJ 4.

²⁸ PINTOS AGER, J., «Nota sobre la conveniencia y constitucionalidad del sistema de valoración judicial de daños personales». Diario *La Ley*, 15 de enero 1998, p. 1

BONASI BENUCCI, E., *La responsabilidad civil*. Bosch, 1958, p. 81.

De ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Deusto 1978, p. 93

De CUPIS hace referencia a una «valoración equitativa». *El Daño*, Bosch, 1975, p. 562.

SOTO NIETO, F., «Valoración de los daños personales». *Cuestión sobre la vinculabilidad del sistema de baremos*. Diario *La Ley*, 5 de noviembre de 1999, p. 15.

nal Constitucional en Sentencia 78/1986, de 13 de junio, ha declarado que es preciso que la sentencia judicial contenga una determinación del daño causado por el delito, de la misma manera que si la acción civil hubiera sido ejercida en forma independiente de la penal, siendo necesaria, además, una estimación razonada de la cuantía alcanzada por dichos daños»²⁹.

Más tarde reflexiona la sentencia aludida :

«Tratándose, como el presente, de un caso de muerte, entre los daños y perjuicios que se derivan de ella han de incluirse: el desamparo en que quedan los familiares del difunto o las personas directamente perjudicadas por su muerte, que representa un perjuicio material causado por el fallecimiento; los gastos de sepelio y última enfermedad, en su caso, que tienen también el carácter de daño material; y el daño moral que produce el fallecimiento de una persona a sus parientes o allegados. En el caso de autos, la sentencia impugnada fija la indemnización para los padres del fallecido como *pretium doloris*, declarando expresamente que no se acredita que los padres dependiesen económicamente de los ingresos del fallecido y señala que la indemnización que fija la ha determinado atendiendo a la afección producida por el doloroso vacío de los progenitores, dada la edad de la víctima y circunstancias de su muerte. En esa afección, pues, y teniendo en cuenta la edad y circunstancias de la muerte del hijo, basa la sentencia el daño moral que se “indemniza mediante la cantidad que, en concepto de responsabilidad civil, debe abonar el autor del delito y, como responsable civil subsidiario, el Estado”.

Para la determinación de la cuantía de la indemnización hay que partir de la imposibilidad de reparar esa muerte por la naturaleza del inmenso perjuicio producido, de tal forma que, como decíamos en nuestra Sentencia de 27 junio 1995 (RJ 1995/5133), la indemnización por daños morales “no puede ser fijada atendiendo a pautas fijas, pues lo que se pretende con la misma es compensar, económicamente, en este caso de la pérdida de una vida, el sentir de una ausencia, el vacío familiar, etc., que son sentimientos o estimaciones subjetivas de valor inestimable desde un punto de vista económico”, de tal forma que, para la apreciación de los daños morales producidos por la muerte de una persona, difícilmente cabe tener en cuenta otra cosa que la edad de ésta y las circunstancias de su muerte, en relación, y ésta es la razón fundamental de la fijación de la indemnización, con el sentimiento afectivo dañado por el vacío que puede producir dicha muerte. Cuando se trata de la relación paterno-filial, el profundísimo vínculo afectivo que naturalmente existe entre la víctima y sus progenitores se ve dolorosamente roto, en cuanto a su permanente ejercicio y exteriorización por ambas partes, con la desaparición del hijo. Y como esa natural afección en el caso de autos no ha sido contradicha, aparece como

²⁹ FJ 2

fundamento bastante de la indemnización que se otorga, conjugándola, también, con la edad de la víctima y las circunstancias de su muerte que se recogen en los hechos probados»³⁰.

A la vista está que la sentencia que pretende conceder al sargento una indemnización como consecuencia del daño moral sufrido no contiene un lógico razonamiento que permita valorar tal daño y que debe versar sobre aspectos eminentemente espirituales como es la afrenta de haber sufrido un castigo injusto como consecuencia del ejercicio de su libertad religiosa, a lo que hay que añadir las posibles repercusiones que el arresto pudo tener en relación con la fama de su propia persona, así como la influencia que pudiera derivarse respecto de la propia familia del arrestado. Esta es la postura que mantiene la ya aludida sentencia del TS de 13 de marzo de 1999 cuando declara la procedencia de la indemnización por daños morales:

«Por haber estado privado de libertad durante 23 días como autor de una falta grave, que jurisdiccionalmente fue declarada inexistente, al haber cometido una falta leve, que no llevaba aparejada privación de libertad, y, además la pérdida de destino (indebidamente impuesta) y el traslado forzoso a otra localidad, agravaron su depresión psíquica por el alejamiento de su familia, la necesidad de adaptarse y la repercusión social de los hechos»³¹.

Si de por sí resulta una tarea ardua y difícil compensar los daños morales, aún resulta más problemático intentar fijar la indemnización en aquellos provenientes de un atentado a la libertad de pensamiento o de ideología religiosa en cuya formación inciden un cúmulo de factores, de carácter ambiental, cultural, sociológico, familiar, educacional, etc., así como otros caracteres más personalísimos, si se quiere, tales como la propia idiosincrasia del individuo, su postura ante la vida, su concepción del mundo, valoraciones o consideraciones éticas y morales, etc. Si estableciesen módulos fijos, estrictos, ¿cómo se sopesarían aspectos tan espirituales y etéreos? De otro lado, los presupuestos que inciden para realizar la misma valoración sirven tan sólo para esa persona con tales condicionantes, pero no para otra que aún a pesar de haber soportado el mismo estímulo no tiene para ello idénticas respuestas que el anterior. Por ello, en vez de aplicar cálculos que solamente conducen a errores e imprecisiones, sobre todo

³⁰ FJ 3

³¹ STS Sección Sexta, de 13 de marzo de 1999, F. J. 2 Ponente: Sr. Peces Morate, Diario *La Ley*, 27 de mayo de 1999.

ante la problemática de apreciación de una transgresión de carácter religioso, habría que olvidarse de los baremos y sopesar aspectos como los que citamos a continuación: Impacto emocional producido por la transgresión; transcendencia y publicidad del arresto; repercusión y posibles implicaciones del mismo; virtuales perjuicios futuros en la hoja de servicios; degradación psicológica referida al individuo en concreto; publicidad que se dio al arresto; número y condición de las personas que lo conocieron; circunstancias personales y familiares; incidencia del arresto en la familia; desprestigio que conlleva el arresto; repercusión del desequilibrio psicológico en la propia familia y en los familiares más allegados; secuelas o posibles secuelas del mismo, etc. A todo ello habría que añadir otros factores más mensurables, tales como tiempo de privación de libertad, extensión del procedimiento en el tiempo, resolución de los recursos, etc.

Puestas de esta manera las cosas, lo que sí parece es que al juzgador *a quo* le va a resultar muy difícil realizar una valoración ecuánime de los factores a que anteriormente hice referencia, pues tal evaluación tan sólo puede ser sopesada por el propio individuo que ha sufrido el daño moral. Por ello la única solución viable sería que en la demanda el propio demandante realizase una aproximación respecto a la valoración del daño a resultas de que la actividad judicial puliese los excesos de aquellas tasaciones que puedan resultar abusivas. Tal apreciación no es nueva en nuestro Ordenamiento, pues la actividad judicial, por ejemplo, limita en los supuestos de separaciones o divorcios los excesos de peticiones realizadas por uno de los cónyuges y las minoraciones de ofrecimientos de quién viene obligado a prestar auxilio económico, con intención de lograr un equilibrio equitativo que no perjudique a ninguno de los cónyuges, o lo haga en el menor grado posible; y lo mismo ocurre en los supuestos de fijación de alimentos, en los que la actividad judicial viene a establecer un punto de flexión entre la suma solicitada en la demanda y la cantidad fijada por el juzgador, en atención a razones de equidad establecidas en función de las necesidades del peticionario y la disposición económica del alimentista³². Este parece ser el criterio del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, de fecha 27.2.98, fundado por una parte, en el hecho de que la cuantía de la indemnización no supera lo pedido por las acusaciones y, por otra, ateniéndose a los criterios de racionalidad y proporcionalidad seguido por el Tribunal de instancia.

³² *Vid.*, por ejemplo, el artículo 1889 del Código Civil.