

POLÍTICA Y JURÍDICA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LA INSUMISIÓN EN ESPAÑA¹

Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN
Alicia GIL Y GIL
Francisco J. PALACIOS ROMEO

SUMARIO: I. *Jurídica general*. II. *Sociopolítica general*. III. *Marco constitucional*. IV. *Insumisión y nuevo Código Penal*.

I. JURÍDICA GENERAL

Las temáticas de la objeción de conciencia y la insumisión son cuestiones de tipo político, social y jurídico bastante inéditas y ajenas a los respectivos ámbitos jurídicos latinoamericanos. Con el presente artículo se intenta acercar la temática europea, y más concretamente española, desde sus perspectivas jurídica, sociopolítica, constitucional y penal.

El derecho a la objeción de conciencia es un derecho reconocido desde hace años en los diferentes textos constitucionales europeos. El español en un ejemplo, a través de su artículo 30.²

1 Este artículo está basado en un dictamen interdisciplinar que fue elaborado para servir de base a la defensa de David Burgos Marco en vista celebrada el 1 de febrero 1995 ante el juzgado de lo penal núm. 2 (Proced. abreviado 104/94). Concretamente pretendió servir para evitar la pena accesoria de inhabilitación y suspensión. El procesado sería condenado a dos años y medio de prisión menor. No siéndole impuesta, sin embargo, pena accesoria de inhabilitación y suspensión. De la misma manera, este trabajo ha sido utilizado, en circunstancias similares, en los juzgados de lo criminal de Madrid y Navarra. Las mencionadas causas penales fueron anteriores a la entrada en vigor del nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995), por lo que su texto ha sido adaptado a la nueva circunstancia legal. Su espíritu se conserva, puesto que el nuevo Código, lejos de modificar su tendencia, ha profundizado en ella, agravando su penalidad.

2 El artículo 30 reza: "1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España. 2. 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 [...]".

Artículo y derecho a la objeción de conciencia que fue desarrollado por ley en 1984.³ La principal consecuencia de este reconocimiento será la posibilidad de no estar obligado militarmente. Y la base de esta consecuencia es la prevalencia del derecho constitucional a la libertad ideológica, reconocido en el artículo 16 de la Constitución, sobre el deber de la defensa militar de la nación. El contenido y la motivación de esa libertad ideológica es de tipo muy amplio, desde convicciones religiosas hasta éticas, y conforman un catálogo abierto.⁴ El propio preámbulo de la ley 48/84 será un reconocimiento de que la libertad ideológica y de culto va más allá de una simple protección de la libertad de expresión y, por lo tanto, debe posibilitar el adecuamiento del comportamiento personal a las propias convicciones. Semejante reconocimiento no tiene una base constitucional general, puesto que, de lo contrario, se podrían legitimar innumerables objeciones por motivo de convicciones. Es un reconocimiento que hace el preámbulo de la ley 48/84 para el caso exclusivo del deber militar.

Ello tiene una lógica insustraible. Y no sólo en función del argumento simplista de la objeción militar o a lo militar. Puede ser simplemente la objeción que hace cualquier ciudadano que se niega a ser tratado como un ciudadano siervo en estado de excepción permanente. Porque el servicio militar supone la lapidación total y exhaustiva de casi todos los derechos reconocidos en el texto constitucional. Y la primera falla grave es que la propia Constitución no hace alusión ninguna al marco general de exclusión y privación de derechos cuasitotal que genera “el derecho y el deber de defender a España” del artículo 130 de la Constitución. Y no es sino una Ley Orgánica de 1991 (trece años después de aprobado el texto constitucional) la que va a desarrollar normativamente la mencionada lapidación de derechos y libertades. Y lo hace a conciencia, como podemos ver, brevemente, a continuación. El servicio militar supone la anulación

3 Es la Ley 48/1984, de 26 de diciembre; y que a su vez fue desarrollada por real decreto 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.

4 La Ley 48/84 habla de “[...] convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza [...]” (artículo 1.2).

temporal de los derechos y libertades fundamentales. Debería suponer la primera causa de objeción al margen de planteamientos más complejos o de una disidencia ideológica más radical.

Lo hace a conciencia, porque la duración de la situación de excepcionalidad será de nueve meses en el lugar que se determine y a tiempo completo.⁵ De tal manera que el ciudadano no puede decidir por ninguna otra opción en disposición temporal y espacial que no sea la determinada por el Estado. El Estado, por medio de su brazo armado, conservará una disponibilidad permanente para el servicio del ciudadano reclutado. Todo el “horario habitual” con distribución de tiempos de trabajo y descanso estará “adaptado a las necesidades del servicio”.⁶ De esta manera, el ciudadano reclutado estará en un sitio concreto, para cualquier servicio ordenado y en el tiempo que se estime conveniente. Es decir, el derecho absoluto, al margen de cualquier tipo de convención laboral u otro derecho, a disponer del propio tiempo y de la propia ubicación geográfica de cualquier ciudadano. Todos los llamados planes de instrucción conforman actividades obligadas para el ciudadano, mayor de edad, que muy probablemente no tenga interés en desarrollarlos, cuando no hostilidad expresa, con lo que se vulnera su más simple derecho a disponer de sus actos.⁷ Todo este esquema de supeditación, ultradependencia y falta de las más elementales libertades es formalmente adornado por una uniformidad en el vestir y una estética global única para todos los ciudadanos reclutas, que será más exigente que la impuesta para los criminales convictos en los reglamentos penitenciarios.⁸

La ley hablará de conocer y cumplir todo lo dispuesto en las reales ordenanzas y de “observar las reglas de disciplina y de respeto al orden jerárquico [...] respetar a sus jefes y obedecerles en todo lo que le mandaren concerniente al servicio”. Lo que, en la práctica, viene a significar la pleitesía más absoluta a todo aquello que desee cualquiera de los grades jerárquicos supe-

5 Artículo 47 en referencia a la limitación radical de la libertad de circulación.

6 Artículos 24 y 25.

7 En este sentido, artículos 27-34.

8 Artículo 35. Desarrollado por los artículos 44-48 del Reglamento.

riores salvando las órdenes extremas atentatorias a lo dispuesto en el Código Penal.⁹ El eufemismo de “neutralidad política” sirve para prohibir cualquier tipo de actividad sindical o política y cualquier tipo de manifestación ideológica que pueda parecer proselitista.¹⁰ Incluso al ciudadano-soldado le está prohibida la simple reunión no estrictamente “[...] familiar, social o cultural”.¹¹ Por descontado que está prohibida cualquier tipo de reivindicación o protesta.¹² La intimidad personal es inexistente en los barracones colectivos destinados para el descanso, y las pertenencias están sujetas a revisión en cuanto el mando de la unidad suponga indicios de indisciplina. Término, éste, ambiguo donde los haya.¹³

La exhaustiva merma de derechos y libertades de esta Ley vendrá completado por distintas normativas entre las que se encuentra su propio Reglamento de desarrollo.¹⁴

La gravedad e intensidad en la exclusión de derechos es lo que ha llevado al legislador a establecer un régimen especial para esta singular vulneración del derecho a la libertad ideológica. Ya se comentaba cómo generalmente muchas y distintas disposiciones normativas pueden vulnerar gravemente muchas de las creencias e ideas de las múltiples sensibilidades de la ciudadanía. Por lo que objetar ante el servicio militar no consiste solamente en objetar ante la idea de sostener un arma con la que se puede matar. Porque si de matar se trata, o de evitar hacerlo, las opciones se multiplicarían en todos aquellos campos del Estado y la sociedad que, indirectamente, pudieran representar un apoyo necesario a la organización militar y a una presunta guerra. Estaríamos contemplando terrenos tales como la objeción fiscal, la objeción laboral en todo aquello que fuera susceptible de ser utilizado como apoyo bélico en cualquier situa-

9 Artículos 41, 42.1, 42.2.

10 Artículo 43.

11 Artículo 49.

12 Artículo 50.

13 Artículo 46.

14 Estamos refiriéndonos al Reglamento del Servicio Militar de junio de 1994. Otras serían el Reglamento de Reclutamiento de octubre de 1993; la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de noviembre de 1985; las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de diciembre de 1978, y las respectivas ordenanzas de las distintas armas (reales decretos 2945/1983, 1024/1984, 494/1984).

ción nacional o internacional o la objeción social general, cuando se llegara a plantear la idea de que el Estado era colaborador global en prácticas políticas que tenían como resultado el apoyo a distintos procesos bélicos.

No es cuestión de planteamientos tan globales o disidentes. La idea de “libertad ideológica” no tiene por qué remitirse a anclajes de elevada disidencia. La suspensión de derechos que afectan al ciudadano en el periodo especial militar tiene en sí una gravedad suficientemente atentatoria a la libertad ideológica.¹⁵ Sin embargo, la ley argumenta desde la protección al derecho fundamental de libertad ideológica, visto éste desde la disidencia grave y, desde ese motivo argumental, la prestación social sustitutoria es igualmente cuestionable. Cuestionable porque es un punto más del propio armazón jurídico-político. Así se puede deducir directamente del preámbulo de la propia ley española sobre objeción de conciencia cuando menciona cómo la prestación social sustitutoria se estructura de forma semejante al servicio militar. También la situación del movilizado se mantiene por el mismo tiempo que dura la del servicio militar.¹⁶ Y la ley dice, explícitamente, que, durante este tiempo, la disponibilidad del objetor estará centrada en la posibilidad de un enfrentamiento bélico en el que colaborará en tareas de protección y defensa civil; es decir, tareas de apoyo logístico a una práctica bélica no muy lejanas de los cuerpos militares médicos, de enfermería, bomberos o intendencia.¹⁷

La conclusión es encontrarse ante un quebranto constitucional de hecho. En primer lugar, porque existe una extensa normativa que puede privar a cientos de miles de ciudadanos de

15 La legislación reguladora anteriormente mencionada vulneraría de forma explícita los artículos 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 37. Artículos todos ellos sobre derechos fundamentales, razón de ser de nuestro Estado democrático de derecho y que la propia Constitución dota del mayor rango garantista.

16 “El régimen en la prestación social sustitutoria se estructura en forma semejante al servicio militar [...]. La duración total de la prestación así concebida es, como ocurre en el servicio militar, de quince años” (Preámbulo Ley 48/1984, Ley Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria). En lo que abunda el artículo 8.3: “[...] el objetor realizará las actividades propias de la prestación social sustitutoria en un régimen análogo a lo establecido para el servicio militar [...]”.

17 “En tiempo de guerra, la prestación social sustitutoria consistirá necesariamente en el desarrollo de actividades de protección y defensa civil [...]” (artículo 6.4).

los derechos y libertades más fundamentales, asimilando su estatuto personal al del súbdito del Estado dieciochesco.

En segundo lugar, y la cuestión que se plantea ahora, es que la normativa sobre objeción, que intenta hacer optativa dicha situación, no es sino una adenda de la anterior normativa; dentro de la misma lógica y mecánica de funcionamiento. Y en tercer lugar, la normativa-adenda es utilizada para tomar represalias y penalizar al que intenta sustraerse de la normativa militar, como veremos más adelante.

II. SOCIOPOLÍTICA GENERAL

Obviamente, el objeto de este trabajo es fundamentalmente jurídico. No obstante lo jurídico, y más concretamente lo jurídico-penal, tiene una causalidad y un ámbito de aplicación social, cultural y político. Y en muchas ocasiones, circunstancias que modifican la responsabilidad criminal se valoran, se interpretan y, por lo tanto, se aplican en función de criterios relacionados con valores y percepciones psicologistas de carácter subjetivo, directamente relacionadas con el mencionado entorno político, social y cultural. Ése es el caso en cuanto se pone un bien jurídico de tanta ambivalencia y problemática como el de la libertad de conciencia en relación con un teórico bien jurídico que proteger como es el de la defensa nacional, igual de ambivalente y problemático en sus contornos. Y los dos, en colisión, entran a la consideración posible del estado de necesidad en cuanto a la ausencia de antijuridicidad se refiere.

Por todo lo anterior, este capítulo tiene un evidente contenido político ideológico. No debe considerarse una proclama o un alegato provocador. Simplemente sus líneas intentan que pueda comprenderse la percepción del problema desde la propia sensibilidad personal e ideológica de los inculpados. En la consideración de que el grueso de lo jurídico-penal se fundamenta en elementos de lo subjetivo y, en función de su valoración, articula ausencia de responsabilidades, exclusiones e inexigibilidades.

Quedará expuesto el carácter alarmantemente restrictivo de la objeción de conciencia, cuando debiera ser tratado como un derecho esencial y primario en la proyección de la libertad ideo-

lógica. ¿Y qué principal evidencia fáctica de la libertad de conciencia que el negarse a coger un arma para eliminar físicamente a otros semejantes de forma más o menos indiscriminada? Allí donde el legislador y el constitucional han sido tan generosos albergando amplias interpretaciones de los derechos más varios no lo han sido, por el contrario, para amparar actitudes ideológicas y axiológicas que contemplan servir a una máquina de guerra como el acto más contrario a sus más íntimas convicciones como ser humano. Sin embargo, no sólo no se le ha dado especial protección, sino que se ha criminalizado a aquellos ciudadanos que llevan esta postura hasta sus últimas consecuencias.

La prestación social sustitutoria no salva la objeción. Porque hacer una prestación paralela al servicio militar, aceptar la ley de objeción sin reparos, significa entrar en la lógica de la propia prestación militar, ya que ésta se ha articulado *a posteriori* como una sustitución penalizada en la que quiebra flagrantemente el principio de igualdad en varios de sus apartados.

En primer lugar, porque la ley de objeción de conciencia —en la que el legislador dice proteger “la libertad ideológica y religiosa”— es una ley que “protege” penalizando. Donde hace una interpretación torticera de la “protección” penalizada y amplía los meses de prestación social sobre la duración del servicio militar.¹⁸ Los argumentos a favor de la penalización son el que nos encontramos ante situaciones desiguales y discriminatorias y que, en servicio militar, los costes personales e incluso físicos son notablemente superiores. Dicha interpretación choca con la teórica satisfacción que debiera sentir todo español que realiza el servicio de armas y que no tiene ningún escrúpulo de conciencia ante dicha empresa. Máxime si consideramos que la Ley de Servicio Militar glosa toda una serie de actividades que van a enriquecer, de forma gratuita, el acervo cultural y la preparación general del soldado. Entre ellas se encuentran genéricamente la formación general militar, la instrucción táctica, técnica y de tiro y la formación psicodeportiva.¹⁹ A ello habría que

18 La ley penaliza desde nueve hasta quince meses la no realización del servicio militar (Preámbulo Ley 48/1984 y artículo 24, Ley 13/1881). Es decir, el doble, incluso, casi el triple entre prestación social y servicio de armas.

19 Artículos 28-31.

añadir, ocasionalmente, la práctica de “programas de formación ocupacional para su posterior inserción en el ámbito laboral”, con programas ajustados a los del sistema educativo general. Y no sólo eso, sino que además tendrán derecho a recibir certificados sobre los estudios efectuados y las correspondientes convalidaciones.²⁰ Además de la muy completa formación militar, física y casi profesional que se les asigna, la ley habla de actividades complementarias de tipo cultural, social, deportivo y recreativo.²¹

En función de todo lo anterior, habría que preguntarse a qué tipo de costes personales y físicos se está refiriendo la ley para amparar una penalización tan radical de la prestación social. Es flagrante contradicción. ¿O es que acaso el legislador sabía que todo lo prometido, por precepto, sobre formación física, preparación intelectual y actividades recreativo-culturales no es sino pura normatividad fantasiosa imposible de cumplir bajo la estructura militar vigente? En cualquier caso, hay que atenerse a lo dictado en ley. Y la ley habla de muy positivos réditos de formación en el servicio militar. Por lo tanto, no cabe hablar de situación con “costes personales y físicos”. Y por lo tanto, no debía haber tanta discriminación contra el objetor de conciencia, a no ser que lo que se quiera penalizar sea la práctica de esa libertad de conciencia.

En segundo lugar, otro bloque de discriminación sería el del insumiso con los excluidos: ¿por qué el inútil para el servicio militar por corto de talla u otras circunstancias psicológicas y/o patológicas amilitares es inservible para las tareas sociales que se proponen? ¿Por qué otros ciudadanos —los denominados excedentes de cupo— son excluidos merced a un sorteo? ¿Tan sobrado anda el Estado de cobertura social que desperdicia al mencionado excedente humano? Y el problema de agravio y discriminación más palmario: todo el porcentaje de población donde no consta en su Documento Nacional de Identidad la circunstancia varón. La ley excluye a la mujer para el servicio militar obligatorio y para la prestación social sustitutoria sin causa alguna, lo cual es una discriminación flagrante en función del artículo

20 El artículo 33 sobre formación y prácticas.

21 Artículo 34.

14 de la Constitución. Ni siquiera es alegable el argumento de la falta de aptitud para el servicio de armas de la mujer, puesto que, desde hace más de un lustro, a la mujer se le permite incorporarse profesionalmente a las fuerzas armadas.²² Por lo tanto, viene a resultar que la mujer tiene el derecho al servicio de armas profesional y, sin embargo, no tiene el deber de armas forzoso o de la prestación social sustitutoria. ¿Es posible mayor discriminación?

Según se desprende del preámbulo de la Ley 13/1881 ni sombra de duda, puesto que aquí no hay discriminación. Se dice de forma tajante. ¿Por qué?, “[...] porque las necesidades de la defensa militar quedan cubiertas con el concurso de los varones [...]”. Es decir, porque sí. Sin mayor motivación. Semejante razonamiento sería idéntico a decir que el hombre queda exento de la obligatoriedad en el pago de tasas porque las necesidades quedan cubiertas con el doble concurso de las mujeres. O que las mujeres no pueden acceder a la función pública, porque las necesidades quedan cubiertas con el concurso de los hombres. El preámbulo también afirma que este planteamiento “[...] no vulnera el mandato de no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Lo cual no deja de representar una paradoja cuando la jurisprudencia del Tribunal Constitución está inundada de cientos de asuntos de género donde la discriminación se debate en sutiles líneas de vulneración a dicho principio en ocasiones muy difíciles de percibir.²³ Y, sin embargo, parece estar muy clara la situación por la que millones de varones españoles, mientras tanto, y sin ninguna causa que lo justifique, gozan de ellos con plena libertad. Además de ser excluidos de

22 Hecho que fue reconocido por el Tribunal Constitucional cuando consideró discriminatoria la exclusión de las mujeres para el ingreso en las fuerzas armadas, rechazando como argumentos tanto una supuesta ineptitud biológica como el coste de infraestructura derivado de su incorporación (STC 216/91).

23 Una extensa causística y jurisprudencia al respecto en Rey Martínez, F., *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995. Respecto a la jurisprudencia europea, ver, *Igualdad de trato entre mujeres y hombres en la jurisprudencia europea*, Madrid, 1995.

cualquier tipo de obligación referente a la prestación de servicio social alguno.²⁴

Por estas y otras circunstancias, podría considerarse que la prestación social sustitutoria entra en la lógica y la cobertura de la estructura militar del Estado, y no como un universalmente aplicable mecanismo de sustitución del servicio militar que viene a cumplimentar otros fines de interés social y colectivo: la única objeción penalizada está siendo la de conciencia. Por lo tanto, el auténtico objetor moral o ideológico no se conformará con el hecho de no coger un arma o de no desfilar decenas de kilómetros. Su actitud pasará a cuestionar la moralidad de prestar apoyo global (de manera militar o con sustitutivo) a la llamada defensa nacional del Estado. Su abstención moral, su objeción de conciencia, no estará en función de su aversión al hecho de la violencia bajo componentes psicológicos o anímicos como la pusilanimidad, la cobardía o la debilidad de espíritu. Tampoco en la comodidad y la falta de espíritu de sacrificio. Más bien al contrario, como ejemplifica una actitud que les hace arrostrar situaciones difíciles y de dureza extrema como las provenientes de cierta presión social, del sufrimiento de amenazas varias y de su paso como criminales por juzgados y prisiones.

El objetor nada salvaría de su conciencia si concurre a hacer la prestación acatando, con toda sumisión, la normativa elaborada al efecto para el buen funcionamiento del organigrama militar (Ley 13/1991, Ley 48/1984). Su libertad de conciencia quedará igualmente violentada al insertarse en su mecánica legal. Peor aún, al acatar una normativa que elimina para el servicio de armas a las personas no aptas ideológicamente, a individuos gravemente quebrados en su voluntad militar, está co-

²⁴ Por muy opinable que puedan ser los límites y campos del artículo 14 de la Constitución, raramente se podría encontrar excusa en cuanto a la imposición de la prestación social sustituta, de ese “[...] mecanismo que canaliza el cumplimiento por el objetor de su deber constitucional hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles [...]” (Ley 48/1984, preámbulo) a todas aquellas personas que, por un motivo u otro, están excluidas o imposibilitadas para el servicio de armas, salvo que se entienda que sólo al objetor de conciencia se le ha de imponer por ley “su deber constitucional” con desprecio del artículo 14 de la Constitución. Eximiendo, sin razón alguna, al portador de otro tipo cualesquiera de objeciones o disfuncionalidades para la práctica militar.

laborando en hacer mucho más funcional la maquinaria que su conciencia reprueba. Una ley de objeción de conciencia posibilita la erradicación militar de elementos perturbadores del buen funcionamiento del aparato militar nacional. Un objetor que no se inscriba en los miedos, fobias o motivos individualistas, que se describían anteriormente, no puede aceptar el planteamiento sustitutorio, porque estaría avalando la salida más funcional y más efectiva para la máquina de guerra que su conciencia, en función del derecho más fundamental, reprueba.

Otro punto en el que es conveniente incidir es en el de la obligatoriedad de aceptar un planteamiento como el de la defensa militar de la nación, en función de que todos los individuos estamos integrados en un territorio bajo la cobertura de un Estado soberano que nos provee de derechos y, por lo tanto, de deberes. Precisamente, el tipo penal que nos ocupa viene a considerar como bien jurídico protegido “la defensa nacional”. Y es legítimo preguntarse a estas alturas, primero, en qué consiste la defensa nacional; y en segundo lugar, qué dosis de autonomía real, de soberanía nacional, podemos considerar. Es conveniente plantearse qué opinión tiene de tan sagrado deber, y bien jurídico-político, el grueso de la población española. Precisamente, durante la guerra del Golfo, el último gran conflicto bélico en el que ha participado España de manera activa (política y militarmente), la totalidad de los estudios sociológicos sobre la misma comprobaron cómo no llegaban nunca al 10% el porcentaje de españoles que estarían dispuestos a dar su vida por España. Mucho menor fue el porcentaje de personas que se sacrificarían por el concepto libertad (se suponía que tomada ésta como sinónimo de nuestros regímenes de democracia parlamentaria), que no llegaba al 3%. Resulta patético el porcentaje que aplicaría su vida a la defensa de los valores occidentales (0'1%). Finalmente, y como correlato de lo anterior, menos del 15% de españoles —partiendo además del supuesto de condiciones adecuadas— iría como voluntario a la guerra del Golfo.²⁵

25 Según la encuesta que se cita “si tuviera las condiciones y edad adecuadas” (*Cambio 16*, 4 de febrero de 1991). Otros estudios más recientes, que abundan en la misma línea (Miguel, A. de, *La sociedad española, 1992-1993*, Madrid, 1992), arrojan una cifra del 16% de la población entre la gente que irían sin desagrado (patriotismo activo o pasivo) “si se

Estos datos —tomados en el fragor de lo que se ha pretendido considerar gran último conflicto defensivo de Occidente— patentizan cómo existe una esquizofrenia real entre los deberes patrióticos, que protege nuestro ordenamiento jurídico, y el pulso general de nuestra sociedad civil, de la opinión pública nacional. En definitiva, la poca consideración que merece en la escala de valores de nuestro colectivo la idea de defender a la nación. Y no digamos ya a la “civilización occidental” o una idea teórica de la libertad. Tenemos la constatación científico-social de que existe un ambiente de objeción pasivo extendido mayoritariamente entre la población española. Un sentimiento de indiferencia ante la idea de tener que poner vida o voluntad en la defensa militar de nuestro Estado o del bloque de Estados que conforman el bloque geopolítico occidental. Y aquí entraríamos ya en un contexto profundamente político cuando empezáramos a inquirirnos sobre los por qué de esa indiferencia general ante la defensa militar de nuestro Estado o la resistencia a colaborar en guerras donde todas las clases gobernantes de Occidente, unánimemente, han decidido participar. La conclusión lógica sería pensar en una opinión pública no identificada, suficiente y activamente, con la defensa de los valores que representa nuestro Estado o que representa el bloque occidental. O, cuando menos, incompreensión de muchos de los conflictos últimos en los que ha intervenido el aparato militar occidental y, subsiguientemente, el español. Sobre todo, teniendo en cuenta que el propio bloque occidental se ha quedado sin su principal coartada político-militar, como era la existencia del bloque comunista.

Por lo tanto, el grueso de la población está instalada en una especie de objeción, cuando menos pasiva, que ocupa a más de las tres cuartas partes de la misma, con sus conciencias tibias, indiferentes, o ampliamente confusas sobre los contenidos y límites a los que se circunscriben las acciones armadas de nuestro Estado.²⁶ Y es que tal vez no haya sido fácil de asimilar ni com-

produjera una guerra que afectara a España”. Y sólo un 5% “se sentirían orgullosos de morir defendiendo a la patria” (pp. 464-465).

²⁶ Siempre que se considera a la estructura y obediencia militar de nuestro Estado, se entienden comprendidas todas las efectuadas por las organizaciones políticas o milita-

previsible para la opinión pública los últimos conflictos bélicos en los que se ha visto involucrado nuestro ejército. Sobre todo comprensibles, claros y motivados. El último, una guerra para defender la soberanía de un pequeño estado del Golfo gobernado por sátrapas; y en la que mueren decenas de miles de personas que nada han tenido que ver con la acción de su dictador. Una guerra cuyas más íntimas causalidades, e implicaciones, se le han escapado al grueso de las propias poblaciones occidentales. Fundamentalmente, cuando el bloque político-militar occidental —sólo dos años antes— había actuado a favor del agresor Estado iraquí en su guerra contra Irán. Cuando el bloque occidental, en la mayoría de las ocasiones, no mueve un solo batallón para defender territorio alguno. Una opinión pública que vio con estupefacción la equívoca y confusa política militar respecto a la guerra de los Balcanes donde también mueren miles de inocentes, y donde parte del potencial bélico de Occidente se dedica a evitar que se pueda defender la propia población agredida. O bien el apoyo a acciones militares de policía donde, para detener a un presunto traficante, se invade un país —Panamá— causando varios miles de muertes civiles. O por citar el caso más cercano que nos ocupa: la propia política militar-armamentista del Estado español respecto al conflicto del Sahara. Allí donde España vende masivamente armas, y financia con privilegio a un país —Marruecos— que ocupa ilegalmente un territorio, que ha llevado una guerra de exterminio contra la propia población autóctona y que es condenado por las principales organizaciones de derechos humanos tanto en lo que respecta a su política interior como exterior.²⁷

Si todo este tipo de política militar ya crea escepticismo y total confusión —objección de conciencia pasiva— en el grueso de

res en las que está integrado y/o a las que presta adhesión (v. gr. OTAN, UEO, Consejo Seguridad de las Naciones Unidas, etcétera).

²⁷ A este respecto, ver los informes anuales Amnistía Internacional (1975-1993). Y especialmente el monográfico —de la propia organización— *Marruecos: detenciones políticas, desapariciones y torturas*, Madrid, 1991.

la población,²⁸ con mucho más fundamento podríamos considerar el grave quebranto de conciencia que la práctica del aparato militar occidental —y por comprensión español— crea en personas especialmente sensibles a esta temática que, por vocación y formación, tienen un grueso de información y una capacidad de análisis superior al común de la población. Personas integradas en círculos partidarios de la insumisión están cercanas a instituciones y organismos que permanentemente analizan y proporcionan datos sobre conflictos, administrando análisis críticos respecto a la toma de decisiones e intervención de la maquinaria militar occidental. O bien en Organizaciones no Gubernamentales con planteamientos y estructuras de funcionamiento permanentes, pacifistas y humanitarias.²⁹ Su percepción de la guerra y sus diferentes secuelas cobran un grafismo continuo, se hacen un hábito cotidiano y un estilo de vida. El debate teórico, los foros de discusión, incluso el contacto con víctimas hacen de su militancia pacifista su principal motivo, ya no sólo vocacional, sino también vital. De esta manera no es difícil imaginar cómo hacerse partícipe —militar o sustitutivo— de una máquina de guerra supondría matar el principal valor sobre el que gira la vida de esa persona. Es decir, supondría un irreparable quebranto de su personalidad —su principal bien o valor— que sólo podría ser evitado no insertándose en la lógica militar. Por lo que el insumiso puede entrar de lleno en la figura del “estado de necesidad” como una de las causas para la exención de la responsabilidad criminal.³⁰

Precisamente barajando los distintos elementos que integran un estado de necesidad no debemos dejar de reparar en que no

²⁸ Por definición, bajo la influencia masmediática de la propaganda oficial, y con poca posibilidad de acceso a información que aun hiciera más crítica su posición.

²⁹ Buenos ejemplos de ello sería institutos como el Centro de Investigación para la Paz, Amnistía Internacional, Sodepaz, Médicos sin Fronteras,... y distintas Organizaciones no Gubernamentales.

³⁰ Adoptando para ello la clásica definición de la doctrina sobre Estado de necesidad: “[...] una situación en la que existe para un determinado bien, el peligro de un quebranto grave que solamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos” (Oneca, A., *Derecho penal*, 1949). Compartida por nuestra regulación pasada y presente: “el que [...] para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que [...] el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar” (artículo 20.5º, Código Penal).

pocas corrientes o tendencias doctrinales apelan a que todo estado de necesidad es aceptable siempre y cuando no se hayan podido utilizar medios menos lesivos para evitar el conflicto.³¹ Precisamente en la actitud del colectivo insumiso puede resaltarse la utilización del medio más inocuo para solventar el conflicto de conciencia entre la presencia social de la estructura militar y una conciencia personal que abomina de su sentido político y de su práctica cotidiana. ¿No se le ha podido ocurrir a los poderes públicos que desde posiciones de radical aversión a dicha estructura, y para sofocar el profundo conflicto personal, se podría llegar a asumir una lógica igualmente militarista que pusiera a estos ciudadanos en lucha frontal contra el propio aparato militar y el propio Estado?

Dos cuestiones colaterales, pero estrechamente relacionadas con el bien jurídico protegido de la “defensa nacional”. En primer lugar, de nada debe servir ampararse en la legitimación democrática de la actual estructura militar, sea ésta la que sea, para estigmatizar de forma irreversible al insumiso; ya no sólo por todo lo anteriormente mencionado, sino también porque nuestras sociedades distan de ser prístinos ejemplos de democracia por el nada despreciable déficit democrático que sufren nuestras sociedades.³² A este planteamiento se podría añadir que la lucha por este tipo de libertad ideológica es coherente como reacción a la merma que está produciéndose en derechos y libertades antaño consolidados, en lo que se considera la crisis de todo un modelo de Estado y sociedad llamado social.³³ En segundo lugar,

31 Ver Cobo del Rosal, *Derecho penal*, Valencia, 1990.

32 No es lugar para entrar a plantearnos la exacta pulcritud de nuestros sistemas de representación; de si realmente las posibilidades de participación política transfieren de forma diáfana las inquietudes de los ciudadanos, o de si nuestro sistema de representación traslada a las decisiones políticas las sensibilidades de la opinión pública. Pero, cuando menos, la duda de que esto sea así en una dimensión elevada hay que, por lo menos, dejarlo planteado. Cuestiones como la existencia de clases subordinadas, colapso de los mecanismos de participación, déficit de información, oligopolio mediático, oligarquización de la clase económica y política... son temas de debaten en absoluto solucionados. A este respecto *cfr.* las clásicas críticas *v. gr.* Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, Barcelona, 1990; Miliband, R., *El Estado en la sociedad capitalista*, México, 1970; Meynaud, J., *La tecnocracia*, Madrid, 1968; Poutlanzas, N., *La crisis del Estado*, Barcelona, 1977; González Casanova, J. A., *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Barcelona, 1980.

33 “[...] Se prepara con lo anterior el proceso de desarrollo de una alienación política hasta un nivel nunca alcanzado. Los ciudadanos ‘producen’ la política —como el trabajo— a través del voto y las otras formas cada vez más escasas de participación [...]. Con ello se

la lógica de no colaboración con el complejo político-militar podría alcanzar su *ultima ratio* en el planteamiento de un conflicto económico-social que, sin mostrar una praxis bélica explícita, mantiene larvada la dialéctica que más víctimas mortales recoge día a día en su haber: las relaciones de hegemonía y de desigualdad entre la estructura político-económica desarrollada y la subdesarrollada. Relaciones que se sostienen, en gran medida, gracias a la existencia de un complejo militar de apoyo a la estructura de relación internacional económica de dependencia desigual.³⁴

Como corolario fundamental, aludir a la permanente y patológica crisis del concepto de soberanía de los Estados (tanto interna como externa). El servicio de armas, se supone, tiene como objetivo la defensa de la soberanía nacional. La realidad de los Estado-nación es la de una supeditación de su teórica soberanía, tanto a grupos de presión internacionales como a marcos hegemónicos concretos. Muy pocos Estados se sustraen a esta lógica. Tal vez aquellos cuyos nombres coinciden con los representantes permanentes en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En el caso de los Estados de ámbito periférico el control hegemónico, llega a ser absoluto. La merma, o la crisis estructural, de la variable “soberanía” supone cuestionar el concepto “defensa nacional”, puesta en conexión con la articulación de las relaciones de poder internacionales, y la constitución de nuevos órdenes mundiales.³⁵ Los centros de decisión, en lo esencial, están cada día más lejos de nuestros parlamentos. No es una cuestión de

privatiza, se expropia lo público, se secuestra la opinión pública. Y sin opinión pública actuante no parecen posibles ni tienen sentido los sentidos representativos [...]”. Cabo, C. de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, p. 65, asumiendo Wolfe, *Los límites de la legitimidad*, 1980, y también Wright, *Clases, crisis, Estado*, 1983.

34 En este sentido, Amin, S., *El desarrollo desigual*, Barcelona, 1975; Frank, A. G., *La crisis mundial*, Barcelona, 1979; Vidal-Villa, J., *Estructura económica y sistema capitalista mundial*, Madrid, 1979. Está de moda —gratuita— alegar lo obsoleto de este tipo de análisis. No voy a recurrir a fáciles ejemplos del pasado como podrían ser Vietnam, la crisis iraní o la guerra del Golfo. Como antídoto, podría sugerirse un análisis, siquiera superficial, sobre las implicaciones internacionales en las actuales crisis de Zaire o Argelia.

35 Para un tratamiento en esta línea ya clásico y simplemente descriptivo, Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980. Una perspectiva menos contemporizadora en Chomsky, N., *World Orders, Old and New*, Londres, 1994.

conspiración. Son planteamientos políticos explícitos que tienen su correlato en exposiciones teóricas. He ahí, por ejemplo, los trabajos de la Comisión Trilateral, esa tribuna elitista de las clases políticas, económicas y mediáticas dominantes. Donde desde hace ya varias décadas se proponen y articulan mecanismos mediante los que los Estados, cualquier Estado, como “función básica”, deberá buscar la promoción externa e interna de los intereses básicos del modo de producción dominante.³⁶

Un Estado democrático tendría que velar por la salvaguarda de los derechos de sus minorías. Y fundamentalmente cuando estos derechos afectan —y afectan tan gravemente— a la conciencia y a las convicciones, y lo hacen bajo peso tan cuestionable como el del delito sin víctima. No hay víctima porque la teórica víctima, aquí, es un algo subjetivable. La víctima son las ideas. En este apartado de nuestro modelo penal, la víctima tiene forma de idea bajo el presunto axioma “defensa nacional”. Bien jurídico en forma de idea, idea-parte de un cuerpo ideológico dominante. Y en frente de ella, ideas representadas por individuos y grupos disidentes. Disidencia de lo que se ha venido a denominar, eufemísticamente, como “idea general de consenso”, y cuyo verdadero significado está mucho más cerca de la acepción “pensamiento único”. Fuera de él, ideas de iluminados, utopistas o saboteadores que criminalizar. Disidentes a los que no sólo hay que controlar o mediatizar, sino incluso agredir, penalizar, castigar de la forma más socialmente lacerable posible mediante el cada vez menos sutil instrumento del derecho penal político.³⁷

En la objeción estamos ante el grado más crítico de lo que supone una irresistible convicción convertida en delito. Es el delincuente de convicción y, frente a él, una autoridad pública representando una convicción totalmente distinta. El delincuente de pensamiento que puede verse cercado por todos los lados en

36 Planteamiento recogido a modo de propuesta programática en la revista de la Trilateral Commission, *Dialogue*, Nueva York, otoño de 1976. Abundando el famoso informe a la Comisión Trilateral sobre “governabilidad de las democracias” de Crozier, M.; Huntington, S., y Watanuki, J., *The Crisis of Democracy*, Nueva York, 1975.

37 Al respecto, Lamo de Espinosa, E., *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*, Madrid, 1993, recogiendo las clásicas aportaciones de Merton, Goffman y la sociología de la desviación social.

su intimidad ideológica. Que se va a resistir a ser corregido y educado —o reeducado— como si de un muñeco moralmente inconsistente se tratara. Toda una fundamental corriente que parte de Radbruch para culminar en Welzel, que lleva décadas sosteniendo la ineficacia de los fines de la pena para el delincuente de conciencia. Posiciones que han inspirado tendencias a favor de la inexigibilidad como causa de exclusión de lo ilícito.³⁸ Y la conciencia no se siente tan violentada como cuando tiene que implicarse en problemas que atañen a la vida y la muerte de seres humanos. Cuando la vida y la muerte juegan en escenarios difíciles de controlar para el común de los ciudadanos, y donde la partida afecta a miles de personas. Miles y, en casi todas las ocasiones, miles de inocentes.

Por todo lo expuesto, concluir en la dicotomía objeción-servicio de armas y dar como solución una prestación sustitutoria militarizada, penalizadora y discriminatoria, es no haber querido entender nada de las motivaciones y el espíritu que mueve al objetor de conciencia real. Es, si acaso, dar una salida menos incómoda a miles de individuos que se plantean poco o ningún problema real de conciencia. Es abordar la cuestión de forma simplista, presuponiendo objetores de idea alicorta y mentalidad acomodada. Es buscar una coartada legal a un problema de dominación ideológica, de la crisis total del concepto “interés nacional” y, en última instancia, de la vulneración de un derecho fundamental.

III. MARCO CONSTITUCIONAL

El análisis de las penas no privativas de libertad que pueden imponerse en el marco de la punición del delito de rehusar el cumplimiento del servicio militar debe venir precedido de la enumeración de una serie de premisas y consideraciones que vamos a exponer a continuación.

En primer lugar, es preciso señalar que un posible trato desigual en el futuro en lo relativo a la punición de los delitos de rehusar el cumplimiento del servicio militar, y de rehusar el

38 Al respecto, Pérez del Valle, C., *Conciencia y derecho penal*, Valencia, 1994.

cumplimiento de la prestación social sustitutoria, acarrearía una desigualdad no objetiva ni razonable, y, en consecuencia, discriminatoria, y, por tanto, atentatoria a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE). A tal efecto, cabe recordar que las sentencias del Tribunal Constitucional 160/1987 y 161/1987, ambas de 27 de octubre, tras analizar la regulación y el ejercicio de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, condicionan su fundamentación jurídica a la existencia de un régimen jurídico “análogo, que no idéntico” entre el servicio militar y la prestación social sustitutoria, pues de ello depende el respeto a los derechos fundamentales en juego, máxime cuando éstos entran en colisión con otros deberes de similar rango constitucional. Pues bien, una escisión punitiva consistente en la desviación a un sistema represivo diferente —penal o administrativo— de las conductas destinadas a rehusar la prestación militar o la civil sustitutoria comportaría un salto cualitativo claramente atentatorio a los principios constitucionales existentes al respecto.

En este contexto, y desde nuestra posición, la objeción de conciencia no ha recibido el tratamiento constitucional adecuado, ya que es concebida como una de las causas de exención de uno de los deberes sociales —el deber del servicio de armas—. El lugar y forma de constitucionalizar la objeción de conciencia han supuesto un obstáculo para una interpretación sistemática y finalista de este derecho en el conjunto de los derechos y libertades fundamentales de la persona. Una primera jurisprudencia constitucional tendió a definir la objeción de conciencia, reconocida en la Constitución, como una manifestación de la libertad ideológica del artículo 16.1 de la misma. Es decir, como una libertad fundamental de aplicación directa. Y a la objeción de conciencia “como concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16” (STC 15/1982, de 23 de abril). De ahí la disociación que se ha producido en dicha jurisprudencia constitucional cuando una nueva composición del Tribunal ha modificado los criterios anteriores y ha caracterizado esta libertad como “derecho constitucional autónomo” vinculado a la exclusión del cumplimiento de determinados deberes socia-

les. La adopción de esta última postura ha supuesto sentar una jurisprudencia alarmantemente restrictiva e incluso contradictoria con precedentes anteriores.³⁹

El problema radica en que cuando, en esta segunda línea jurisprudencial, la objeción de conciencia se ha vinculado estrechamente al problema de la defensa nacional, no sólo se ha producido una restricción alarmante de este derecho, sino que se ha generado, asimismo, una interpretación restrictiva de algunos de los principios que sustentan nuestro sistema de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el fundamento jurídico 2º de la STC 160/1987, al negar el carácter “fundamental” del derecho a la objeción de conciencia, el Tribunal se ve obligado a sentar este *obiter dicta*:

[...] el derecho a la objeción de conciencia, aun en la hipótesis de estimarlo fundamental, no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica por no estar incluido en los artículos 15 a 29 de la Constitución [...] relativos a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales, ya que el derecho *nominatim* no está, en efecto, en la lista constitucional de derechos y porque, además, dicha fórmula se corresponde literalmente con la del epígrafe de la sección 1ª del capítulo II del título I de la Constitución, deduciéndose de ello en principio que es a esa sección, y sólo a esa sección, a la que se refiere el artículo 81.1 y no a cualesquiera otros derechos reconocidos.

Ligado con lo anterior, en el FJ 3º, se insiste en la idea de “excepcionalidad” del derecho, que sin reconocimiento constitucional no podría ejercerse ni siquiera “al amparo de la libertad ideológica o de conciencia” (artículo 16, CE), negándose, por consiguiente, que la objeción de conciencia pueda tener carácter general. Pues bien, este razonamiento fue ya criticado desde el inicio,⁴⁰ pues conduciría a situaciones absurdas, ya que la naturaleza de un derecho fundamental no puede depender exclusivamente de su nominación constitucional, dada la ausencia de infalibilidad histórica del Legislativo. Por ello, dicho autor re-

39 Véase Soriano, R., *Las libertades políticas*, Madrid, 1994, p. 52.

40 Téngase en cuenta lo dicho al respecto por Serrano de Triana, A., “Un derecho nuevo: la objeción de conciencia”, *Estudios sobre la Constitución española*, t. II, Madrid, 1991, pp. 1,249-1,250.

curre a J. Habermas,⁴¹ quien se ha referido a esta problemática con especial acierto:

Cuando la Constitución representativa fracasa ante retos que afectan a los intereses de todos los ciudadanos, el pueblo puede resucitar los derechos originarios del soberano bajo la forma de ciudadanos, incluso de los ciudadanos singulares. En última instancia, el Estado democrático de derecho depende de este defensor de la legitimidad [...]. La desobediencia civil deriva su dignidad de esa elevada aspiración de legitimidad del Estado democrático de derecho. Cuando los fiscales, y los jueces no respetan esa dignidad, persiguen al que quebrante la norma como si fuera un criminal y le penan de la forma habitual, incurren en un legalismo autoritario [...]. Esta tesis ha conocido muchas variantes y no resulta más convincente por el hecho de que en lugar del presidente del Reich o del *Führer* se reconozca al Parlamento o al Tribunal Constitucional Federal la función de un soberano superior [...]. Es posible que mañana hayamos de incluir en la tradición (de los principios constitucionales válidos), a todos aquellos que anuncian ya la desobediencia civil para conseguir la prohibición jurídicamente vinculante de todos los medios de destrucción de masas [...]. Puede plantearse la cuestión de si las graves decisiones de política y seguridad, que van unidas con riesgos inminentes y que afectan profundamente a la vida de las personas e incluso a las posibilidades de supervivencia de los pueblos enteros, en realidad pueden ser cubierto por el débil manto de una mayoría del Bundestag [...].

Pero es más, la conexión de la objeción de conciencia con los postulados básicos de la libertad ideológica —que la primera jurisprudencia constitucional aceptó y cuya alegación en otros ámbitos (periodístico, médico) sigue plenamente vigente— debe ser complementada en la actualidad. Especialmente en relación con su incidencia en la exclusión de determinados deberes que inspiran la línea de trabajo seguida en determinadas organizaciones internacionales en lo que afecta a lo que ha venido en denominarse “derechos de la tercera generación”. En efecto, después de las libertades clásicas de fines del siglo XVIII, después de los

41 Habermas, J., *La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho*, Barcelona, 1988.

derechos de contenido social de la posguerra, se habla cada vez con mayor profusión de los derechos de la tercera generación, esos famosos derechos de solidaridad que comprenden el derecho a la paz o el derecho al mantenimiento de un medio ambiente adecuado.⁴² Por tanto, ya no sólo es la existencia de un típico derecho constitucional clásico —la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica— lo que es preciso defender, sino su reinterpretación de conformidad con otros derechos y principios básicos —el derecho a la paz— que han de ayudar a desequilibrar la balanza a favor de las libertades, allí donde una supuesta colisión de intereses con otros deberes o principios constitucionales ponga en tela de juicio el normal desarrollo y desenvolvimiento del derecho fundamental. En ese sentido, el derecho fundamental deja de consistir, exclusivamente, en una libertad pública que garantiza un ámbito incólume de privacidad a favor del ciudadano para convertirse también en un derecho de “participación política” cuya articulación requiere la puesta en marcha de los consiguientes mecanismos de integración de la voluntad social.

Por otro lado, y como recuerda J. Fernández Entralgo,⁴³ a comienzos de la década de 1980 se puso ya de relieve la propensión a implicar a la magistratura en la “lucha contra la criminalidad”. A tal efecto, M. A. García Herrera⁴⁴ comenta:

[...] El equilibrio conseguido en el Estado social se ha erosionado considerablemente [...]. Paralizado el bloque dominante en lo que concierne a la asunción de nuevas reformas que atajen los efectos críticos de su dinámica, se desvía la resolución de las tensiones sociales hacia sedes que resultan poco idóneas para ello [una de esas sedes es la Justicia Penal] [...]. Se opta por implicar a la Magistratura en una tarea de contención que resuelva por la vía represiva los con-

42 Véase, a tal efecto, la constatación crítica que hace de los mismos Rivero, Jean, “A modo de síntesis”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, 1984, pp. 671-672.

43 Fernández Entralgo, J., “Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria”, en López Pina, A. (dir.), *La garantía de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, p. 171.

44 García Herrera, M. A., “Justicia y seguridad ciudadana”, en Pérez Mariño, V. (comp.), *Justicia y delito*, Santander, 1981, p. 94 (citado por Fernández Entralgo, “Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria”).

flictos sociales. La nueva delincuencia, política y común, la conflictividad laboral, las demandas de calidad de vida, las protestas contra las agresiones del medio ambiente, etc., encuentran como respuesta no un nuevo nivel que restaure el consenso, sino la aplicación represiva de la legalidad. La administración de justicia queda sometida a una fuerte presión que se bifurca en un doble sentido. Por una parte, los supuestos que debe conocer amenazan con asfixiarla [...]. Por otra parte, llueven solicitudes, provenientes de los sectores más conservadores, de una aplicación dura de la normativa penal que discipline la sociedad, restablezca los mecanismos de temor, funcione como máquina disuasoria e imponga los valores sociales dominantes. La negativa consciente de sectores progresistas de la Magistratura a seguir estas indicaciones recibe como respuesta virulentas campañas [...]. Situaciones todas ellas que contribuyen a favorecer el endurecimiento de la administración de justicia y a impulsar la crisis de la institución judicial [...].

Estamos, pues, ante un supuesto que puede encuadrarse perfectamente en el marco de esta brillante reflexión, pues la “criminalización” de supuestos intrínsecamente entroncados con determinadas manifestaciones de la libertad ideológica y, en consecuencia, del pluralismo político y de la participación política, conlleva “desvirtuar” el sentido de la administración de justicia en el Estado social y democrático de derecho, a la par que conduce el ámbito de la aplicación represiva de la legalidad, lo que habría de resolverse desde la perspectiva del permanente pacto social.

En segundo lugar, habrá que canalizar cuáles son las posibles penas accesorias que pueden imponerse y cómo y por quién han de ser aplicadas, así como el significado, contenido y consecuencias que acarrea la imposición de la inhabilitación absoluta.

IV. INSUMISIÓN Y NUEVO CÓDIGO PENAL

A los efectos de este documento, entendemos por objeción de conciencia el incumplimiento de un deber público por considerar el sujeto incompatible con sus convicciones la realización del comportamiento debido, sin que ello suponga una actitud de desobediencia global al Derecho.

Una de las dimensiones contenidas en el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 de la Constitución es el derecho del individuo a acomodar su comportamiento externo a sus propias convicciones. Lógicamente, la idea misma de Derecho supone una limitación al alcance de este derecho, siendo así que de modo general no cabrá considerar garantizada toda actuación emanada de una convicción individual que entre en contradicción con el ordenamiento jurídico. Pero éste sí podrá, e incluso deberá, arbitrar soluciones que eviten que el deber de sometimiento al ordenamiento jurídico suponga para determinados objetos, al violentar sus conciencias, un obstáculo al libre desarrollo de su personalidad en los términos que proclama el artículo 10.1 CE. Ello no puede suponer la consagración de un individualismo incompatible con los principios que rigen nuestro Estado Social y Democrático de derecho, por lo que el reconocimiento de ámbitos legítimos de objeción de conciencia dependerá de que la negativa a acatar la norma no entre en contradicción con los valores superiores del ordenamiento jurídico y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la persona.

La necesidad de una reflexión enderezada a sugerir propuestas de política legislativa y de aplicación del derecho, viene reforzada por la constatación de que el derecho positivo y la jurisprudencia no siempre han tratado con la debida coherencia las distintas situaciones en las que se ha planteado un conflicto entre la ley y la conciencia individual [...].

La regulación a la objeción de conciencia al servicio militar en el derecho español vigente debe considerarse claramente insuficiente y problemática [...].

La criminalización de la insumisión resulta no sólo inadmisibles desde el punto de vista de la intervención mínima, sino también desproporcionada y contradictoria con los fines y contenidos de la pena propios de una política criminal moderna. El conflicto que la regulación vigente plantea a un poder judicial obligado a aplicar la ley pero, al mismo tiempo, a observar los valores constitucionales, ha generado una disparidad sancionadora incompatible con los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley, propiciado por una normativa injusta [...].

La propuesta del gobierno de aplicar el régimen abierto a los insumisos condenados a prisión no sólo no es insuficiente, sino que además pervierte el sentido y la finalidad de dicha institución pe-

nitenciaria, eludiendo la auténtica solución del problema que radica en la despenalización [...].⁴⁵

El artículo 604 del nuevo Código Penal establece para el delito de insumisión la pena de seis meses a dos años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a catorce años en tiempo de paz; y de dos a cuatro años de prisión y diez a catorce años de inhabilitación absoluta en tiempo de guerra.⁴⁶

El párrafo 2º añade que la inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de las administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo.

Llama la atención, en primer lugar, la paradoja entre la realidad institucional y la realidad social. La paradoja de que ante el aumento de la problemática social y judicial que plantea la incriminación de estas conductas, ante el aumento de voces autorizadas pidiendo su despenalización⁴⁷ o denunciando la desproporción de las sanciones prevista en la actual legislación, el legislador, en su pretendido “Código Penal de todos” en el que “han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, es decir, por aquéllas que todo el mundo debería poder adoptar”,⁴⁸ reacciona mediante un endurecimiento represivo.⁴⁹

45 Manifiesto sobre la objeción de conciencia. Grupo de estudios de política criminal. Publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto de 1994, y firmado por noventa catedráticos, profesores y magistrados. Véase, también, Landrove Díaz, *Temas penales*, Barcelona, 1994, pp. 21-27 y 217-220.

46 El nuevo Código Penal fue aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

47 Entre otros colectivos, el ya citado Grupo de estudios de política criminal, los fiscales de Sevilla, la Unión Progresista de Fiscales, la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Cataluña, la Junta de Fiscales de Madrid, la Universidad de Salamanca o los jueces del País Vasco. Véase Sánchez López, “Consecuencias aplicables a delinquentes de conciencia”, en Díaz-Santos, Diego, y Caparrós, Fabián (coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1995, p. 219, y Jiménez Díaz, “Delitos relativos a la prestación social sustitutoria: su problemática aplicación (II parte)”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 55, 1995, p. 115.

48 Véase la “Exposición de motivos” del nuevo Código Penal.

49 En el anterior Código Penal, la pena de inhabilitación absoluta prevista para este delito en el artículo 135 bis i) abarca tan sólo el tiempo de la condena; es decir, de dos años, cuatro meses y un día a seis años. Del segundo párrafo del artículo 604 nos ocuparemos más adelante.

A pesar de que la polémica sobre el fundamento y los fines de la pena sigue todavía abierta, inspiran nuestro Código Penal —a la vez que son dominantes en la moderna ciencia del derecho penal española— las teorías unitarias, que fundamentan la pena tanto en la idea de retribución como en los fines de la prevención general y la prevención especial. Trasladando esta concepción al problema del fundamento y naturaleza de las penas privativas de derechos se estima hoy, en general, que estas penas tratan de impedir el ejercicio de función, cargos o profesiones por quien ha demostrado encontrar en ellos una plataforma para delinquir.⁵⁰

Esta interpretación de dicha clase de penas es la única acorde con nuestra Constitución, que, en su artículo 25, apartado 2, dispone que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad “estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Consagra, por tanto, la Constitución, como fin primordial de las penas privativas de libertad el de la prevención especial en su vertiente resocializadora.⁵¹ Fin que se vería frustrado si las penas accesorias privativas de derechos que han de acompañar a las privativas de libertad por imperativo legal no encontrasen al menos uno de sus fundamentos y el límite a su aplicabilidad en aquellos fines preventivos.

Se ha defendido, incluso, incidiendo en esta línea de pensamiento, la conveniencia de que las penas privativas o restrictivas de derechos se conviertan en medidas de seguridad o en meras consecuencias jurídicas de determinadas condenas. El fundamento de las restricciones de derechos no debería buscarse, según esta opinión, en la magnitud de lo injusto y la medida de la culpabilidad, sino en la peligrosidad del delincuente y la probabilidad de que vuelva a delinquir.⁵²

50 Véase Manzanares Samaniego, “Inhabilitaciones y suspensiones en el derecho positivo español”, *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1975, p. 176.

51 En el mismo sentido el artículo 1º de la *Ley General Penitenciaria*.

52 Véase Manzanares Samaniego, “Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal*, 1981, pp. 37, 42 y ss. Y también la jurisprudencia ha señalado en algunas ocasiones que las privaciones de derechos participan de la naturaleza y fines de las medidas de seguridad: STS de 12 de junio de 1976 (Aranzadi, *Repertorio de jurisprudencia*, 3,060, en adelante citado como Ar.); STS de 3 de febrero de 1977 (artículo 310); o las califica de medida o sanción complementaria: STS de 2 de mayo de 1978 (artículo 1,845).

Así lo entiende también nuestro Tribunal Supremo, que venía manteniendo, desde antes de la reforma del Código Penal en 1983,⁵³ que las penas de inhabilitación y de suspensión para profesión u oficio —no sólo cuando fueren penas accesorias, sino también cuando se impusieren como principales— debían circunscribirse a privar al condenado del ejercicio de la actividad, profesión y oficio en el desempeño de los cuales el delito por el que se le sanciona fue cometido.⁵⁴ Argumentando que lo contrario vendría a significar una cuasimuerte civil de la persona, incapacitándola para su supervivencia,⁵⁵ y que la interdicción genérica de toda actividad profesional o laboral infringiría las garantías que tienen expresión en los artículos 23 y 81 del Código Penal, y no se compaginaría con el derecho al trabajo que constitucionalmente ostenta todo ciudadano —artículo 35, CE—, el cual no debe estar restringido por la condena más que en la medida de lo imprescindible para evitar que la profesión u oficio que fue plataforma para delinquir ofrezca al cuerpo social un mal precedente de conducta profesional y sea ocasión para nuevas infracciones penales.⁵⁶

El Tribunal Supremo ha seguido manteniendo este criterio tras la reforma de 1983, entendiendo que la limitación entonces introducida para las penas accesorias debe aplicarse también cuando la pena viene impuesta como principal.⁵⁷ Sin embargo, en muchas de nuestras actuales penas privativas de derechos sigue predominando el sentido aflictivo a la vez que resulta dudosa su oportunidad tanto para la consecución de los fines pre-

53 Fecha en la que se introdujo el párrafo 2º del actual artículo 41 del anterior Código Penal.

54 STS de 16 de enero, artículo 142; STS de 5 y 20 de febrero y 10 de julio de 1981, artículos 484, 763 y 3,213; STS de 22 de febrero de 1982, artículo 675; STS de 18 de febrero de 1983, artículo 1,696, entre otras muchas.

55 STS de 12 de noviembre de 1984, artículo 5,475.

56 STS de 18 de febrero de 1983, artículo 1,696.

57 STS de 12 de noviembre de 1984, artículo 5,475.

ventivos,⁵⁸ como para la reafirmación del ordenamiento jurídico-retribución.⁵⁹

Éste es el caso, sin duda, de la pena de inhabilitación absoluta prevista para el delito de insumisión. La restricción del acceso a la función pública sólo tiene sentido en aquellos delitos cuya comisión se ha visto favorecida por la utilización de dicha función, en especial los delitos contra la administración pública. Aplicada a un delito como la insumisión, que nada tiene que ver con el ejercicio de empleos o cargos públicos, pierde aquel sentido que podría entenderse acorde con nuestra Constitución, y se convierte en un arcaico superviviente de las penas infamantes. Conservando, por tanto, el fin de pura y simple deshonra del culpable que las penas restrictivas de derechos parecían tener en otros tiempos, y que no puede mantenerse, en absoluto, en un Estado social y democrático de derecho, además de ser incompatible, como ya hemos señalado, con los artículos 25 y 35 de nuestra Constitución.⁶⁰

58 En especial, las penas privativas de derechos políticos y electorales. De la misma opinión, Manzanares Samaniego, "Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código Penal", pp. 1 y ss. y 50, nota 46, para quien el valor intimidatorio de las inhabilitaciones es muy variable en la privación de cargos públicos, generalmente nulo en la esfera electoral e importante en el ejercicio profesional, mientras que carecen por completo estas sanciones de eficacia correctora y resocializadora, y es en el área del aseguramiento donde pueden desarrollar un gran papel, siempre que se limite a apartar al peligroso de aquella concreta plataforma profesional que puede ser utilizada para delinquir, pues nada se consigue con indiscriminadas privaciones o incapacidades.

59 No puede concebirse la retribución como compensación del mal moral causado por el delito, pues esta compensación no es posible ni es racional buscarla mediante la aplicación de otro mal al delincuente. La aplicación de la pena es retribución en el sentido de que implica una reafirmación del ordenamiento jurídico, pero, para que ello sea así, la pena ha de ser proporcionada al delito. Sin embargo, la pena puede ser inferior a la gravedad del delito, si la aplicación de la pena justa no es necesaria para el mantenimiento del orden social. Es decir, la pena no puede rebasar la gravedad del delito en virtud de exigencias preventivas, pero sí puede quedar por debajo, dentro del margen permitido por la ley, cuando los fines preventivos no exigen la aplicación de la totalidad de la pena merecida. Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, parte general I, 4ª ed., Madrid, 1994, p. 30.

60 Véase Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1988, p. 94. En el mismo sentido afirma Portilla Contreras, *Comentarios a la legislación penal*, t. XVI, pp. 169 y 170: "en el supuesto que analizamos difícilmente puede establecerse una relación entre la acción de rehusar la realización del servicio militar y el cargo público que desempeñe el insumiso, por lo que carece de sentido la aplicación de esta sanción [...]. La sanción adquiere en tales casos una finalidad retributiva incompatible con el artículo 25 de la Constitución que exige que la pena tenga una finalidad preventiva especial".

Manzanares Samaniego añade que las penas privativas de derechos, al recaer sobre bienes jurídicos poseídos y valorados en grados muy diferentes por unos reos y otros, tendrán un valor retributivo muy distinto según los casos, lo que puede dar lugar, cuando se imponen como penas accesorias “que se reparten como en una pedrea sin distinción de destinatarios”, a que ese plus afflictivo que contiene la privación suponga, además de una desigualdad, la superación, en algunos casos, del marco de la culpabilidad.⁶¹ Vulnerando así el principio que constituye la piedra angular sobre la que se construye el derecho penal moderno y a cuya observancia han tendido los esfuerzos de la doctrina y del legislador en numerosas y sucesivas modificaciones de nuestro Código Penal.

Sin embargo, el legislador no sólo no continúa esa labor de adaptación del sistema de penas a los valores constitucionales, sino que retrocede siglos en el camino hacia la consecución de dicho objetivo, pues al mantenimiento de la inhabilitación absoluta para el delito de insumisión acompaña un aumento tan escandaloso como sorprendente de la duración y los efectos de la misma. Duración que no puede calificarse sino de desproporcionada y, por tanto, contraria al principio de culpabilidad.⁶² Por otra parte, la exclusión del acceso a cualquier empleo o cargo al servicio de las administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos sin que la función pública haya guardado relación ninguna con el delito cometido —además de rebasar con creces el contenido que el propio Código en su artículo 41 establece para esta pena—, limita de tal forma el derecho al trabajo que es incompatible con el artículo 35, CE,

61 Véase Manzanares Samaniego, “Las inhabilitaciones y suspensiones del proyecto de Código Penal”, p. 44, y Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 94.

62 Habiendo elegido el legislador una pena privativa de libertad de las calificadas en el artículo 33 como menos grave, que además no guarda relación alguna con el delito cometido, y por si fuera poco aumentada en sus efectos respecto de lo establecido en el artículo 41 que la define. Incluso otros delitos del mismo capítulo castigados con penas privativas de libertad mayores, lo que en principio debe evidenciar una mayor gravedad de dichas conductas a los ojos del legislador, conllevan penas privativas de derechos de menor gravedad y duración.

tal y como argumenta el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 18 de febrero de 1983.⁶³

Se ha señalado también cómo este tipo de penas y otras medidas que impiden el acceso de los delincuentes a muchos puestos de trabajo, en especial en la administración pública, suponen una contradicción a la legislación penitenciaria, que, de acuerdo con la CE, establece como finalidad de la ejecución penal la resocialización. Parece que una política tendente a rehabilitar a los delincuentes se vería potenciada por una legislación que no impidiera el empleo de los mismos.⁶⁴

Pero lo más alarmante de la nueva regulación es, sin duda, el último inciso que establece como pena al delito de insumisión la imposibilidad de obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo por tiempo de diez a catorce años. Se trata de una pena diseñada especialmente para el delito de insumisión. No se encuentra recogida en el catálogo general de penas del capítulo I del título III, lo que nos lleva en primer lugar a preguntarnos qué sentido tiene un catálogo general de penas cuando luego el legislador puede inventar penas especiales para los distintos delitos en la parte especial. A pesar de que el legislador haya intentado camuflarla bajo la inhabilitación absoluta, ésta se encuentra definida en el artículo 41, y ningún tipo de interpretación permite subsumir la imposibilidad de obtener subvenciones, becas o ayudas públicas en dicha definición, por lo que se trata, sin duda alguna, de una pena distinta y añadida a la de inhabilitación.

Dicha pena no cumple ninguno de los fines que el derecho penal moderno asigna a la pena, ni por supuesto el fin primordial que según el artículo 25, CE deben tener, ni tampoco el fin de aseguramiento que podría asignarse a una pena privativa de dere-

63 En cuanto a los honores afectados por la privación, éstos incluyen cualquier título o distinción honorífica del condenado. Son empleos y cargos públicos los que de una forma u otra se encuadran en la función pública, por oposición a la actividad privada, retribuido, temporal, permanente, electivo, de designación, de carrera o de empleo. Por tanto, la inhabilitación absoluta incide en los cargos públicos, pero no en las profesiones u oficios propiamente dichos, véase Manzanares Samaniego, "Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código Penal", p. 192.

64 Véase De la Cuesta Arzamendi, *El trabajo penitenciario resocializador*, San Sebastián, 1982, p. 86.

chos. Además de no estar prevista en el catálogo general de penas, y no guardando relación alguna los derechos de que se priva con el delito cometido, no se establece para ningún otro delito del Proyecto, lo que entendemos que infringe el principio de igualdad (artículo 14, CE), pues no habiendo en el delito ninguna especialidad que lo distinga de los demás, nada justifica la imposición de una pena especial que ni siquiera los delitos de traición (los más graves del mismo título) o los delitos más graves del nuevo Código conllevan.

Podría estar pensando el legislador en el argumento con frecuencia manejado de *la insolidaridad del insumiso*, y en que quien no está dispuesto a colaborar con el Estado, no tiene derecho a recibir nada del mismo. A esto hay que contestar, en primer lugar, que parece no querer ver quien tal falacia maneja que estos jóvenes a menudo forman parte de grupos pacifistas y Organizaciones no Gubernamentales que realizan una intensa labor social. En segundo lugar, que el insumiso no se opone al derecho en su conjunto ni se niega a cualquier tipo de obligación social, sino sólo a una determinada, por entrar en conflicto con sus creencias o su ideología, y, por último, que aunque su argumento fuera cierto, la ley del *ojo por ojo* fue erradicada de nuestro derecho penal hace siglos y no debe ser ya hoy, por tanto, un principio en el que se funde.

Los términos de la privación son tan amplios (ayuda pública de cualquier tipo), y la duración tan extensa, que supone una cuasimuerte civil del sujeto, cuyo único efecto será marginarle y excluirle de la sociedad. El legislador puede sentirse orgulloso de haber retrocedido con esta pena al derecho penal de los tiempos de la antigua Roma. Se trata, en suma, de una pena desproporcionada, contraria al principio de culpabilidad, y, por lo tanto, injusta, que infringe el principio de igualdad ante la ley, y que no tiene otro sentido y finalidad que la venganza o un intento desesperado de mantener por medio de la represión una regulación que de otro modo gran parte de la sociedad no acepta.

Lamentablemente, parece ser éste el sentido de toda la regulación de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico, regulación cuya consecuencia es la insumisión y su incri-

minación. La regulación de la objeción de conciencia en nuestro país reduce un derecho fundamental de la persona a simple causa de exención del servicio militar, o más aún, podríamos decir que lo convierte en una sanción a la no prestación del servicio militar, dado el trato discriminatorio que reciben los objetores, al exceder la duración de la prestación del servicio sustitutorio a la del periodo de servicio militar ordinario —en contra de lo acordado en las resoluciones de 7 de febrero de 1983 y de 13 de octubre de 1989 del Parlamento Europeo— y la mayor dureza del régimen penal y disciplinario aplicable a los objetores.⁶⁵

No es de extrañar, por tanto, que el legislador, incapaz de hacer frente a un problema que no necesita “un derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal”, olvide los principios constitucionales y los fundamentos del derecho penal, y caiga en la trampa de aumentar sistemáticamente las penas como si ello fuera a aumentar su eficacia, llegando a penas injustas y desproporcionadas. De esta manera, se vulnera la dignidad del “delincuente”(?)-insumiso (artículo 10, CE) que es utilizado, en virtud de las exigencias de prevención general, como instrumento para el mantenimiento de un determinado orden social —orden social que además es cuestionado en este punto por un amplio sector de la sociedad—, y se vulnera el derecho al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10, CE), a la vez que se perverte el derecho penal con un uso tiránico del mismo.⁶⁶

65 Véase gran cantidad de ejemplos al respecto en Jiménez Díaz, “Delitos relativos a la prestación social sustitutoria: su problemática aplicación (II parte)”, pp. 96 y ss.

66 Véase Landrove Díaz, “Servicio militar y Código Penal”, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 754.