

**GERARDO LANDROVE DIAZ**

**Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Murcia**

**El “delito” de insumisión**

Los pioneros de un mundo sin guerras son  
los jóvenes que rechazan el servicio militar.

EINSTEIN

## I

Tengo la impresión de que ni los más optimistas pueden sentirse satisfechos con la situación actual de la Justicia penal en España. En efecto, no pocas crispaciones sociales tienen su origen en la vigencia de un Código penal decimonónico, en una administración de justicia lenta e ineficaz, en una política criminal absurda en materia de tráfico de drogas, en una insuficiente despenalización de la voluntaria interrupción del embarazo, en la ausencia de una regulación de la eutanasia respetuosa con las más íntimas opciones personales, en la situación tercermundista de nuestras prisiones, en la falta de atención a las víctimas desamparadas de delitos violentos, en la extendida sospecha de que el terrorismo de Estado siempre queda impune, en el incumplimiento del imperativo constitucional de establecimiento del jurado, etc.

En esta línea, la insumisión y, más concretamente, su relevancia jurídico-penal es otro de los temas de trágica actualidad en nuestro país. La sociedad española asiste —con división de opiniones, todo hay que decirlo— al ingreso de jóve-

nes en prisión por negarse a cumplir el servicio militar o la prestación social sustitutoria del mismo, exigida por Ley de 26 de diciembre de 1984.

Sobre todo en los países con estructuras democráticas arraigadas, el reconocimiento legislativo —a veces con rango constitucional— de la objeción de conciencia al servicio militar se ha producido sin demasiados traumas. Se ha llegado a hablar, incluso, de una *cultura* de la objeción de conciencia. Como en su momento tendré oportunidad de poner de relieve, en los países con tradición dictatorial el proceso resultó más traumático. En el nuestro, especialmente conflictivo.

En cualquier caso, y por lo menos en los países de nuestro pretendido entorno cultural, goza de amplio reconocimiento la afirmación de que la objeción de conciencia al servicio militar entiende de un modo diferente el servicio a la patria: “un modo menos llamativo, carente del resplandor de las armas, sin divisas, grados ni estrellas, falto de la fascinación que puede ejercer el hombre armado; pero un modo pleno de humanidad, de solidaridad, de fuerza no violenta, de espíritu de servicio. Un modo distinto de concebir la virilidad y de poner la propia fuerza al servicio de la colectividad”. Nos encontramos, sigue diciendo VENDITTI —Profesor de Derecho y procedimiento penal militar en la Universidad de Torino—, ante jóvenes que deciden realizar la prestación social sustitutoria “no por vileza o por comodidad, sino que encuentran serios motivos para oponerse a cualquier modalidad de violencia, en el firme convencimiento de que para construir un mundo nuevo y distinto es preciso cambiar la mentalidad tradicional, es necesario acabar con el viejo aforismo *si vis pacem, para bellum*, y sustituirlo por el principio *si vis pacem, para pacem*”.

Ello sentado, hay que reconocer que actitudes tan comprensivas pueden no alcanzar a la insumisión, es decir, a esa especie de objeción de conciencia *reduplicada*, también denominada en ocasiones “objeción total”.

## II

Evidentemente, la insumisión no supone más que el último paso en un largo proceso, muchas veces paradójico, que entronca con la vieja problemática del derecho de resistencia, la desobediencia civil y —como ya se indicó— la objeción de conciencia.

Nada más lejos de mi intención, y de mis capacidades, que abordar una problemática tan compleja como la más arriba apuntada. Creo, sin embargo, que son obligadas unas mínimas reflexiones al respecto. Y siempre partiendo de la idea de que la desobediencia al derecho no puede, en modo alguno, ser objeto de idéntica valoración en un sistema realmente democrático que en otro autoritario.

Los conceptos de objeción de conciencia, desobediencia civil y otros afines, han propiciado el arrinconamiento del tradicional concepto de la resistencia como garantía extrajurídica, elaborado de forma especialmente sistemática por la escolástica. Por lo menos en su origen, la desobediencia civil y la objeción de conciencia ofrecen muchos puntos de contacto. Fundamentalmente, constituyen otros tantos supuestos de desobediencia al derecho por razones de tipo ético. En el *imperativo de la disidencia* se ha centrado su común denominador. Ambas nacen como oposición a una decisión jurídicamente objetivada de la mayoría, que cristaliza en una norma jurídica, y se manifiestan con el quebrantamiento de esta norma por una motivación ética.

Nos encontramos, en definitiva, ante dos manifestaciones diferenciadas de un mismo fenómeno; ante dos cauces de desobediencia del ciudadano, en principio obligado a observar los deberes y obligaciones establecidas por el derecho. Ello no obstante, existen entre ambas diferencias muy significativas puestas de relieve por los estudiosos de esta problemática, si bien no siempre con argumentaciones coincidentes.

En cualquier caso, parece razonable la —ampliamente difundida— afirmación de que la desobediencia civil reviste carácter público al suponer una violación manifiesta de la norma con el objetivo de influir en su modificación, y —por el contrario— la objeción de conciencia constituye una manifestación reducible al ámbito de la privacidad, ya que el objetor no busca primariamente la consecución de un fin exterior determinado, sino resolver la íntima antinomia de la conciencia personal con lo establecido por las normas. En esta línea, puede hablarse de la *finalidad política* que mueve al desobediente civil frente a los propósitos simplemente *defensivos* del objetor.

Consecuentemente, la objeción supone un rechazo de la obligación impuesta por la norma jurídica fundamentado en la intimidad de la conciencia individual, que se expresa normalmente también de manera individual y cuyo objetivo es, igualmente, único y privado: evitar una confrontación grave del individuo consigo mismo, con su propia conciencia. Bien es cierto que el objetor, como sujeto de esta experiencia personal problemática dentro de circunstancias sociales adversas, normalmente aspirará a influir en un cambio político o legislativo y, por ello, participará en movimientos políticos o sociales de objeción que le aproximarán al ámbito de la desobediencia civil. Así dos actitudes perfectamente diferenciables en la esfera conceptual se vinculan vital y sociológicamente. En efecto, no pocos objetores viven su conflictiva situación de una forma estrictamente personal, sin sumarse a movimientos colectivos y agotan su actitud con la desobediencia de normas que según su conciencia imponen obligaciones inadmisibles (caso, por ejemplo, de los objetores Testigos de Jehová); pero no es menos cierto que otros esgrimen su objeción como un instrumento más dentro de una estrategia colectiva, para conseguir la transformación de la sociedad, el derecho o la política en una dirección determinada.

Todo ello sentado, algunas matizaciones adicionales se imponen en un terreno, obviamente, rico en matices. La deso-

bediencia civil no es, ni puede ser, un derecho; el ordenamiento jurídico no puede reconocer un derecho a la desobediencia civil porque ello supondría una autonegación. Por el contrario, la objeción de conciencia puede, en algunos casos, ser reconocida para ofrecer alternativas que destruyan la incompatibilidad inicial entre los imperativos legales y la conciencia individual; desde ese momento deja de ser desobediencia para convertirse en un derecho subjetivo o una inmunidad. Así, suele argumentarse que el servicio civil sustitutorio es la alternativa que permite al objetor al servicio militar respetar sus convicciones sin dejar, por ello, de dar satisfacción a los objetivos que la norma jurídica establece como servicio a la comunidad en tareas de defensa o de solidaridad social. Más aún, se entiende que el establecimiento de esta alternativa se convierte en parámetro de la *autenticidad ética* de la actitud objetora.

Obviamente, no se puede hablar de un catálogo cerrado de supuestos de objeción de conciencia. La dinámica social y congruentemente, la evolución del ordenamiento jurídico determinan que unos aparezcan y otros sean eliminados. Por basarse en particulares convicciones filosóficas, religiosas, morales o humanitarias, puede la objeción incidir en ámbitos bien diferenciados: la violencia, el juramento, el pago de determinados impuestos, el cumplimiento del ideario de un centro de enseñanza, la venta de anticonceptivos, la colaboración en prácticas abortivas, el cumplimiento del servicio militar, etc. Sin embargo, está muy extendida, y no sólo entre nosotros, la inteligencia de que cuando se alude a los objetores de conciencia nos referimos a aquellos que por motivos de conciencia rechazan el cumplimiento del servicio militar obligatorio.

### III

Todo ello sentado, hay que reconocer que la objeción de conciencia al servicio militar no siempre se traduce en una misma actitud hacia las obligaciones legales rechazadas. Se trata, evidentemente, de un fenómeno complejo.

Así, suele distinguirse entre la objeción *propia* (objeción general al servicio militar) y la *impropia* (objeción a participar, como combatiente, en actividades bélicas).

Respecto de la objeción propia y general, se diferencia entre la negativa a prestar un servicio militar con armas (objeción *relativa*) y la oposición a cualquier tipo, armado o no, de servicio militar (objeción *absoluta*). Esta última modalidad me interesa especialmente porque, cuando se rechaza también la prestación de un servicio civil sustitutorio, nos encontramos ante la denominada objeción *total*, es decir, ante el fenómeno de la *insumisión*.

Consecuentemente, y sin perjuicio de insistir más adelante en esta problemática, puede provisionalmente considerarse insumiso al objetor de conciencia que rechaza, no sólo el cumplimiento del servicio militar, sino también la prestación social sustitutoria. Así, el insumiso no acepta la solución dada por el ordenamiento jurídico al conflicto entre moral y derecho -entre la ley y la conciencia- porque esa solución, al asimilar pacíficamente al objetor, tiende a establecer un sistema de servicio militar obligatorio, de gastos militares y de bloques antagónicos, de no desarme y, en definitiva, de mantener las condiciones que hacen inviable la paz en el mundo.

Concretamente en España, la insumisión se vincula al rechazo del cumplimiento de la prestación social sustitutoria del servicio militar, contemplada en la Ley de 26 de diciembre de 1984.

No es, sin embargo, un movimiento que nazca por generación espontánea. Es el resultado de un largo proceso en

el que confluyen factores bien diversos. Las simplificaciones no son posibles al respecto. En cualquier caso, hacer la historia de este proceso supone abordar la crónica de una intransigencia. El salto *cualitativo* que convierte la objeción de conciencia originaria en una radical insumisión sólo puede explicarse si seguimos atentos la evolución de determinados acontecimientos en otros países y, también, en el nuestro.

#### IV

Prescindiendo de discutibles intentos de ofrecer una panorámica histórica de la evolución de la objeción de conciencia al servicio militar desde los primeros tiempos del cristianismo hasta los más recientes movimientos pacifistas, hay que reconocer que esta problemática -social, política y jurídica- sólo puede nacer en el marco del estado liberal y, más concretamente, a principios del siglo XX.

En efecto, los primeros reconocimientos de la objeción al servicio de las armas tienen lugar en Australia (1903), Gran Bretaña (1916), Estados Unidos de Norteamérica y Canadá (1917), Suecia (1920), Finlandia (1922), Holanda (1923), etc. En casi todos los casos se prevé que el objetor realice un servicio militar sin armas (en intendencia o sanidad) o una prestación civil sustitutoria (obras de utilidad pública y servicios sociales).

La trágica experiencia de la Primera Guerra Mundial impulsó la aparición de un movimiento pacifista de dimensión ética y religiosa, incluso filosófica. La aportación de BERTRAN RUSSELL, por ejemplo, fue decisiva en este momento.

Después de la Segunda Guerra Mundial y, sobre todo, en la década de los años sesenta, se consolida un movimiento

en el que inciden planteamientos de origen diverso pero que alimentan una actitud *nueva* ante la objeción de conciencia al servicio militar. Cabe aludir, sin afán de exhaustividad, al retroceso de la intolerancia y paralelo reconocimiento de las libertades individuales en los sistemas democráticos; el compromiso de algunas confesiones como los Testigos de Jehová, los planteamientos libertarios, ejemplos tan significativos como los GANDHI, MARTIN LUTHER KING o EINSTEIN, la siniestra Guerra del Vietnam, la carrera nuclear, el renovador Concilio Vaticano II, la aparición de grupos sociales y movimientos contruidos sobre solidaridades distintas a las de clase, etc. Todo ello, ha propiciado que desde la sociedad se reclame el reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar como un derecho fundamental, en cuanto que manifestación de la libertad de conciencia - y no sólo de la religiosa- y que el Estado democrático de derecho haya comenzado a dar respuestas, incluso con rango constitucional, a estas aspiraciones.

Obviamente, los sistemas totalitarios ven con desconfianza, cuando no con rechazo frontal, cualquier iniciativa en este sentido. Como en su momento tendré oportunidad de poner de relieve, la torturada historia de España puede explicar muchas de las tensiones recientes experimentadas en este ámbito.

Paralelamente al proceso antes apuntado, los pronunciamientos de las instancias internacionales han resultado decisivos. Bien es cierto que, en un primer momento, en el ámbito internacional no se ha reconocido de forma *expresa* y *directa* el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. No figura en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), ni -en el ámbito regional europeo- en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950). Sobre todo, son razones políticas y de orden militar derivadas de la Segunda Guerra

Mundial y cristalizadas en la guerra fría las que impiden que se preste atención a una problemática que, además, se considera todavía marginal y minoritaria, con relevancia en muy pocos países. El militarismo imperante ignoró esta realidad.

Sin embargo, ya en la década de los setenta, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas -sobre todo- se ha pronunciado inequívocamente al respecto. Ante dicha Comisión se presentó una Comunicación el 26 de febrero de 1974 por muy significativas organizaciones no gubernamentales, con motivo del debate sobre la declaración de eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa. El documento preconizaba que se urgiese a todas las comunidades nacionales y a la comunidad internacional "a respetar y reconocer la conciencia de quienes presentan objeción al servicio militar, no sin respetar al mismo tiempo la conciencia de quienes estiman un sagrado deber prestar dicho servicio y sin desconocer el inmenso sacrificio hecho por los soldados en defensa de sus respectivas patrias". Además, se destacaba "la urgencia de reconocer la objeción de conciencia como un derecho humano y de que la comunidad internacional invitase a todos los estados a avanzar en el reconocimiento de ese derecho que no implica una denegación de la soberanía nacional".

Al margen de otras iniciativas de más limitado alcance, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó, el 8 de marzo de 1989, una *Resolución* en la que recuerda y reitera las anteriores recomendaciones y resoluciones, reconociendo el derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar "como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión enunciado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

Es, sin embargo, en el marco regional europeo donde tienen lugar los más relevantes pronunciamientos en la mate-

ria de diferentes organismos internacionales. Ya en 1966 el Consejo de Europa -y a petición de *Amnesty International*- inició una serie de estudios y debates sobre la situación jurídica de los objetores en los estados miembros. Todo ello cristalizó en la conocida *Resolución 337* de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 1967:

1) Como principios de base, se declara que las personas obligadas al servicio militar que, por motivos de conciencia o por razón de una convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de análoga naturaleza, rehúsen realizar el servicio con armas, deben tener un *derecho subjetivo* a ser dispensados de tal servicio; se expresa, además, que en los estados democráticos, fundados sobre el principio de la preeminencia del derecho, se debe considerar que el derecho citado antes deriva lógicamente de los *derechos fundamentales del individuo*, garantizados en el art. 9º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2) En cuanto al procedimiento, se afirma -entre otras cuestiones- la necesidad de que se informe de sus derechos a las personas obligadas al servicio militar inmediatamente después del alistamiento o antes del llamamiento a filas.

3) Especial interés revisten las declaraciones en orden al servicio sustitutorio: éste deberá tener *al menos la misma duración* que el servicio militar ordinario; objetores y soldados deberán tener los *mismos derechos* económicos y sociales; finalmente, los gobiernos afectados deben velar para que los objetores de conciencia sean empleados en *tareas útiles* a la sociedad o a la colectividad, sin olvidar las múltiples necesidades de los países en vías de desarrollo.

Por lo menos en sus líneas generales, y en el ámbito europeo, la *Resolución 337*, de 1967, ha inspirado la mayoría de los ordenamientos nacionales promulgados en la materia. En consecuencia, se dio entonces un primer paso inspirado por la moderación.

Más ambicioso que el Consejo de Europa se ha mostrado el Parlamento Europeo en la persecución y desarrollo del reconocimiento de este derecho fundamental a la objeción, como dimanante de la libertad de conciencia. Su *Resolución* de 7 de febrero de 1983 ha llegado a ser calificada como “la más avanzada muestra de sensibilidad institucional” en la materia.

Me interesa resaltar que, entre otras cuestiones de menor relevancia, se constata allí que la protección de la libertad de conciencia implica el derecho a rehusar el servicio militar con armas y *a separarse del mismo por razones de conciencia*; que ningún tribunal o comisión puede penetrar en la conciencia de una persona y que, por tanto, *una declaración motivada individualmente debe bastar* en la gran mayoría de los casos para obtener el estatuto de objetor de conciencia; que el cumplimiento de un servicio sustitutorio *no puede considerarse como una sanción* y que el mismo debe organizarse con respeto a la dignidad de la persona afectada y en interés de la comunidad; que la duración de tal servicio sustitutorio, cuando tenga lugar en la administración o en una organización civil, *no deberá exceder del período del servicio militar ordinario*. Me he permitido subrayar las más relevantes innovaciones introducidas en la *Resolución*, a las que siguen las tradicionales recomendaciones a los estados miembros de la Comunidad para que examinen sus respectivas legislaciones en este campo.

Ya en 1989, el 13 de octubre, adoptó el Parlamento Europeo una nueva *Resolución* insistiendo en los términos de la de 1983 y denunciando la falta de iniciativas de los estados miembros desde entonces.

En cualquier caso, hay que reconocer que el proceso esquemáticamente recogido en páginas anteriores supone la consolidación a nivel internacional -y sobre todo en los últimos años- de la objeción de conciencia al servicio militar como un derecho fundamental.

En el ámbito del Derecho comparado, y por razones que se me ofrecen obvias, corre muy distinta suerte el reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar. Por lo menos en determinadas áreas geográficas, y bajo determinados regímenes, parece impensable en la hora actual. En cualquier caso, son mayoría los países que no reconocen este derecho a sus súbditos, que no ciudadanos. En nuestro continente, y al margen de las posibles limitaciones de alguna normativa, la situación es otra, merced -como ya se indicó- a las declaraciones y recomendaciones de diversos organismos internacionales europeos.

Pero incluso en aquellos países que se han mostrado receptivos con esta problemática, en su más moderna formulación, las soluciones nacionales no se caracterizan precisamente por su homogeneidad. Las diferencias son con frecuencia numerosas y, en ocasiones, muy significativas.

Debe, sin embargo, subrayarse una clara tendencia al progresivo reconocimiento en esta esfera de las convicciones personales frente al Estado.

En algunos países se reconoce el derecho a la objeción en una norma de rango *constitucional* (por ejemplo, Alemania, Holanda, Austria, Portugal y España). Son más numerosos, por el contrario, los que han recurrido a una ley ordinaria (Francia, Italia, Suecia, Bélgica, Dinamarca, etc.).

En algunos casos el reconocimiento de la objeción de conciencia es *absoluto* y supone para el objetor la posibilidad de cumplir un servicio sustitutorio civil, independiente de las estructuras militares (Alemania, Noruega, Austria o Dinamarca). En otros ordenamientos el reconocimiento es *relativo*, por admitir —únicamente— el rechazo a las armas y obligar al cumplimiento de un servicio militar no armado, pero siempre dentro del ejército (es el caso de Grecia y de la desaparecida República Democrática Alemana, por ejemplo).

Un paradigma de reconocimiento especialmente *restrictivo* se encuentra en Israel: con discutible galantería, se limita este derecho a la mujer, para la que se prevé un servicio civil de sustitución a desarrollar en actividades agrícolas u hospitalarias y de igual duración que el servicio militar.

En algunos ordenamientos la posibilidad de objetar se reconoce, tan sólo, en *tiempo de paz* (Finlandia); en otros, se admite incluso en *tiempo de guerra* (Austria o Bélgica).

En no pocos países, se acepta expresamente la posibilidad legal de una *objeción sobrevenida* (Alemania, Austria, Holanda o Bélgica); por el contrario, en otros no se admite el ejercicio de la objeción de conciencia *después* de la incorporación a filas (Dinamarca o Italia).

El crucial problema de la *duración del servicio sustitutorio* ofrece, también, diferentes soluciones en el ámbito comparatista. Existen ordenamientos en los que es idéntica a la prevista para el servicio militar ordinario (Portugal o Austria); no faltan, sin embargo, otras opciones positivas que, por lo menos en cierta medida, penalizan a los objetores y actúan como instrumento disuasorio al otorgarle una mayor duración (Noruega, Holanda o Finlandia). En Dinamarca la duración de este servicio sustitutorio es variable, en función del tipo de actividad que se realice por el objetor, pudiendo abarcar desde ocho a veinticuatro meses, cuando la duración del servicio militar es de nueve meses. En Francia supone el doble de tiempo que el servicio militar ordinario. En Italia también se ha establecido una mayor duración del servicio civil frente al militar (ocho meses más); sin embargo, la Corte Constitucional de aquel país, en *Sentencia de 19 de julio de 1989*, ha declarado la inconstitucionalidad de esta norma y subrayado que así concebida suponía una sanción encubierta para los objetores, un síntoma de injustificable disparidad de tratamiento por razones de fe religiosa o de convicción política y, además, un freno a la libre manifestación del pensamiento.

A tan variada gama de respuestas legislativas, cabe añadir que existen en el momento actual una serie de países que no tienen ejército (Islandia, Liechtenstein, Andorra o San Marino) y otros que, aún teniéndolo, no imponen el servicio militar obligatorio (Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia o Luxemburgo). En ambos casos, la cuestión aparece zanjada de la forma más pacífica. Radicalmente en el primer supuesto y, en el segundo, con el reconocimiento de la objeción de conciencia sobrevenida, que permite al objetor alcanzar su baja en las fuerzas armadas, como fórmula más extendida.

## VI

Mientras en la inmensa mayoría de los países de nuestro pretendido entorno cultural se consolidaba el proceso de reconocimiento legislativo de la objeción de conciencia al servicio militar, inspirado —como ya tuve oportunidad de poner de relieve— en declaraciones y recomendaciones de diversos organismos internacionales, en España la situación era bien diferente.

Después de la Guerra Civil española era inimaginable cualquier apertura en este sentido, y en tantos otros. El militarismo imperante era consustancial al régimen fascista, que tenía su origen —precisamente— en un delito de rebelión militar contra la legalidad republicana. No voy a insistir en la descripción de uno de los pasajes más siniestros de nuestra historia.

Lo que sí me interesa subrayar es que a finales de la década de los años cincuenta, y principios de la siguiente, nacen los primeros movimientos en la materia que son reprimidos con la dureza habitual del franquismo.

En efecto, la legalidad entonces vigente puede resumirse en los siguientes términos: el art. 7 del Fuero de los Españoles establecía que “constituye título de honor para los españoles servir a la patria con las armas. Todos los españoles están obligados a prestar este servicio cuando sean llamados con arreglo a la Ley”; además, el art. 108 de la Ley General del Servicio Militar, de 27 de julio de 1968, incapacitaba para ejercer derechos políticos, ostentar cargos, funciones públicas y para establecer relaciones laborales y contractuales de todo orden con entidades públicas a quienes estando obligados a prestar el servicio militar no lo cumplieren; finalmente, los objetores de conciencia eran considerados reos del delito de desobediencia tipificado en el art. 328 del Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, y sancionados con penas que oscilaban entre los seis años de prisión militar a veinte de reclusión militar, o entre seis meses y un día a seis años de prisión militar, según se tratase o no de órdenes relativas al servicio de las armas.

Además, una vez cumplida la condena los objetores no quedaban exentos del servicio militar y eran llamados de nuevo a filas; en caso de nueva negativa, se les volvía a procesar por el mismo delito y una nueva condena —agravada por la reiteración— caía sobre ellos. Condenas en cadena que sólo finalizaban cuando el objetor cumplía los treinta y ocho años, fecha en que terminaba la edad militar con la licencia absoluta.

Esta situación se veía agravada por la negativa de los tribunales militares a aplicar en estos casos de sucesión de desobediencia la doctrina del delito continuado, que —al menos— hubiese servido para suavizar los rigores de la normativa entonces vigente.

El caso de Alberto Contijoch, objetor de conciencia y Testigo de Jehová, es frecuentemente citado por los estudiosos del tema como paradigma de la ceguera represiva de aquel momento: en 1959, se le condenó a tres años y un día de pri-

sión por un Consejo de Guerra; en 1961, a cuatro años y un día; en 1965, a seis años y un día; trasladado al Aaiun, una última condena, también a seis años y un día de prisión militar. Cuando fue indultado, en 1970, había pasado once años privado de libertad.

Tal situación chocaba frontalmente con la nueva sensibilidad internacional respecto de los objetores, ya esquematizaba en páginas anteriores.

Incluso, el 22 de enero de 1971, el Consejo de Europa aprobó una resolución en la que se denunciaba la severidad e intransigencia de nuestro derecho en la materia y se instaba al gobierno español para que modificase la situación, habilitando los cauces legales oportunos para que los objetores pudiesen cumplir un servicio civil sustitutorio del militar ordinario.

Además, la evidencia de la multiplicación de objetores de conciencia católicos en este momento histórico otorgó una dimensión nueva a esta problemática. Efectivamente, en un estado formal y sustancialmente confesional tuvo especial eco la declaración que el Concilio Vaticano II había hecho en su constitución pastoral *Gaudium et Spes*. Parece razonable —se decía allí— que las leyes “tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivos de conciencia, siempre que acepten al mismo tiempo servir a la comunidad humana de otra forma”.

Tan moderado reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar puesta en contacto con el texto de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, engendraba una profunda contradicción. Como es sabido, entre aquellos principios se establecía literalmente que “la nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe insuperable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación”. Una vez más, la tajante declaración de confesionalidad produ-

cía desarmonías entre la doctrina oficial de la iglesia católica y el nacionalcatolicismo español.

Ante esta situación, y quizá convencido de que la doctrina vaticana no era más que un ejemplo de *desviacionismo*, el gobierno español elaboró, sin demasiada convicción, dos restrictivos proyectos de ley —en 1970 y 1971— reguladores de la objeción de conciencia, que se circunscribía a la motivación religiosa y creaba un servicio militar no armado, que debería prestarse en unidades o servicios especiales por un período de tres años (en el primer caso) o de duración no inferior al doble del tiempo fijado para el servicio militar ordinario (en el segundo). Naturalmente, ninguno de estos proyectos cristalizó en derecho positivo. El franquismo, como en tantos otros aspectos de la realidad social, se resistía al reconocimiento de las libertades ciudadanas.

Sin embargo, la presión internacional, la actitud de la iglesia católica, lo desorbitado de alguna de las condenas pronunciadas, las manifestaciones callejeras, el apoyo a los objetores en el ámbito universitario o de los colegios profesionales y el número creciente de jóvenes que todos los años se negaban a vestir el uniforme militar, fueron otros tantos factores que forzaron, ya en 1973, un paso adelante —aunque mínimo— en este ámbito.

Mediante Ley de 19 de diciembre de 1973, se añadió al Código de Justicia Militar el art. 383 bis, tipificador del nuevo delito de negativa a la prestación del servicio militar. Es sintomático que la ley reformadora ni siquiera mencionaba expresamente a los objetores, a pesar de que había nacido para sancionar la conducta de éstos.

El art. 383 bis estaba concebido en términos de extraordinaria dureza: sancionaba la negativa a prestar el servicio militar, en tiempo de paz, con una pena de prisión de tres años y un día a ocho años. Además, se añadía la inhabilitación del condenado para ejercer derechos políticos, ostentar cargos y

funciones públicas, establecer relaciones laborales y contractuales de todo orden con entidades estatales y locales, así como para la docencia y la obtención del permiso de tenencia y uso de armas.

Una vez cumplida la condena, el objetor quedaba excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra. La rehabilitación sólo podía obtenerse mediante el cumplimiento de las obligaciones militares, sin posibilidad alguna de reducción.

El único aspecto positivo de esta normativa radica en que los objetores ya no podía ser —como ocurría con la legalidad anterior— objeto de sucesivas e indefinidas condenas. Cumplidas las penas previstas en el art. 383 bis los condenados quedaban exentos del servicio militar.

Obviamente, se suavizó así la respuesta penal a la negativa reiterada al cumplimiento del servicio militar, pero en modo alguno podía considerarse resuelto el problema de la objeción de conciencia, que seguía sin reconocerse en nuestro derecho.

Por ello, entre 1974 y 1976 se suceden las sentencias condenatorias conforme al nuevo art. 383 bis del Código de Justicia Militar. Paralelamente se produce un recrudescimiento de los movimientos a favor del reconocimiento de la objeción de conciencia.

En noviembre de 1976, el recién creado Movimiento de Objetores de Conciencia hace llegar al gobierno un Proyecto de Estatuto en el que se preveía el derecho a la objeción, por simple manifestación del objetor, incluso después de la incorporación a filas, y a realizar un servicio civil sustitutorio de idéntica duración al militar. Además, se pretendía que los objetores dependiesen, exclusivamente, de la administración civil y quedasen sujetos a la jurisdicción ordinaria.

## VII

En cualquier caso, nos encontramos ya en un contexto político por lo menos formalmente diferenciado del anterior. Producido, en noviembre de 1975, el “hecho sucesorio” — para respetar la retórica oficial de entonces— se abre camino la transición hacia la democracia.

Con la cautela característica de este peculiar momento de nuestra historia, se dan los primeros pasos hacia el reconocimiento —por vez primera— de la objeción de conciencia al servicio militar.

En primer lugar, se ejerce el derecho de gracia. El Real Decreto-Ley de 30 de julio de 1976 concedió amnistía a todos los que por objeción de conciencia se hubiesen negado a prestar el servicio militar en los términos previstos en el art. 383 bis del Código castrense, antes mencionado.

En segundo término, se promulga el Real Decreto de 23 de diciembre de 1976, sobre prórrogas de incorporación a filas por objeción de conciencia de carácter religioso, para resolver, con carácter de urgencia, los problemas concretos suscitados en la materia.

El mecanismo introducido por el Real Decreto suponía la concesión a los objetores de tres prórrogas consecutivas, que sólo podían ser solicitadas por razones religiosas, durante cuya vigencia realizarían una prestación personal en puestos de interés cívico, de tres años de duración y siempre fuera de la región militar de origen. La prestación de este servicio, con certificados favorables de comportamiento, permitiría a los objetores obtener la exención definitiva del servicio militar activo, pasando a la reserva.

Creo innecesario subrayar el carácter marcadamente restrictivo de esta normativa: seguía sin reconocerse la objeción como un derecho ciudadano, configurándose como una

simple exención; no se regulaba un auténtico servicio civil sustitutorio; sólo tenía cabida la objeción de naturaleza religiosa; la duración del servicio cívico era de tres años (el doble del servicio militar); no se regulaba la objeción sobrevenida, etc.

Además, quienes fuera de los casos allí previstos se negaren a prestar el servicio militar ordinario sufrirían el rigor —ya denunciado— del art. 383 bis del Código de Justicia Militar. Por todo ello, a primeros de 1977 el Movimiento de Objetores de Conciencia hizo público un manifiesto rechazando la fórmula ofrecida por el Real Decreto de 1976.

De todas formas, y aunque la normativa de 1976 no se derogó formalmente hasta 1984 —con la promulgación de la ley reguladora de la objeción de conciencia—, la misma no fue aplicada. Los objetores, cualquiera que fuese el motivo alegado, quedaban automáticamente en situación de incorporación aplazada o disfrutando una licencia temporal. Se trataba, simplemente, de ganar tiempo hasta la publicación de la Constitución. Incluso, y para zanjar provisionalmente algunos problemas concretos, la Ley de amnistía de 15 de octubre de 1977 benefició no sólo a los objetores de conciencia al servicio militar por motivos religiosos, sino también éticos. Consecuencia de ello fue la inmediata puesta en libertad de más de doscientos jóvenes.

En definitiva, el imparable proceso constituyente se enfrentaba con la tarea de abordar en este ámbito soluciones ampliamente asumidas por la sociedad española.

## VIII

Como es sabido, la Constitución española de 1978 es fruto más del consenso que de convicciones realmente asumidas. De ahí, precisamente, su ambigüedad e indefinición en

muchos terrenos. El examinado no escapa a estas limitaciones, sobre todo en función de las muchas veces atormentadas relaciones entre nuestra clase política y el *poder fáctico* representado por el estamento militar.

En cualquier caso, y después de muy ilustrativos debates constituyentes sobre la objeción de conciencia, accede ésta a la Constitución (art. 30.2) en los siguientes términos: “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”.

Con cierto triunfalismo, se ha destacado en ocasiones que España se incorpora así al grupo de países europeos —los menos— que reconocen la objeción de conciencia a nivel constitucional. Una mínima, pero expresiva, matización al respecto: nuestra ley de leyes ni siquiera llega a calificarla expresamente como derecho ciudadano; se configura, junto a otras, como una causa de exención al servicio militar. Por ejemplo, la Constitución portuguesa declara, con mayor decisión, que “se garantiza el derecho a la objeción de conciencia”.

Sin embargo, en nuestra Constitución no aparece expresamente calificada como derecho fundamental la objeción de conciencia, aunque sí protegida como si lo fuese. Su art. 53.2 afirma que el recurso de amparo será aplicable a la objeción reconocida en el art. 30; se concede, pues, un nivel de protección semejante al que disfrutaban los derechos y libertades fundamentales.

Por otro lado, conviene recordar que la Constitución de 1978 impuso al legislador la obligación de regular mediante ley el régimen jurídico de la objeción de conciencia al servicio militar. A la incuria de nuestros legisladores —y, quizá, a razones menos confesables— hay que atribuir la evidencia de que la previsión constitucional no se cumplió hasta seis años después. Menos fortuna ha tenido el desarrollo —tantas veces

aplazado— del art. 125 de la Constitución que abre el camino a la participación de los ciudadanos en la administración de justicia “en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”.

No obstante, la tardanza del legislador ha permitido al Tribunal Constitucional —precisamente, al resolver diversos recursos de amparo— ir configurando el perfil de la objeción de conciencia en nuestro sistema.

Especialmente expresiva resulta la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1982*. Me limitaré a destacar alguna de sus afirmaciones fundamentales:

1) Puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, reconocida en el art. 16 de la Constitución, “puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el artículo 30.2 emplee la expresión *la ley regulará*, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para *regular* el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”.

Como se ha subrayado por la doctrina especializada, este reconocimiento de la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica, suponía la aceptación de otros motivos distintos de los religiosos para poder objetar, superándose así la indefinición del art. 30.2 y el carácter restrictivo de la única norma preconstitucional existente entonces, el ya aludido Real Decreto de 23 de diciembre de 1976.

2) Técnicamente, el derecho a la objeción de conciencia reconocido en la Constitución “no es el derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho a ser declarado exento del deber general de prestarlo y a ser sometido, en su caso, a una prestación social sustitutoria”.

Tan jesuítica afirmación fue muy pronto contestada por aquellos que entendían que la objeción de conciencia no supone la exención de un deber, sino la exención de una determinada forma de prestar ese deber, forma que reviste carácter general u ordinario, pero que en ningún caso es única.

3) Finalmente, se insiste en que la objeción de conciencia “exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el artículo 30.2 de la Constitución, *con las debidas garantías*, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud”. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador “no puede lesionar el derecho reconocido en ella”.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional reconoció el derecho del recurrente a aplazar su incorporación a filas hasta que se dictase la ley que habría de permitir la plena aplicabilidad y eficacia del derecho a la objeción de conciencia por él alegada.

## IX

La legislación vigente en la materia está contenida, fundamentalmente, en la Ley ordinaria 48, de 26 de diciembre de 1984, *reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria*, y en la Ley Orgánica 8, de la misma fecha, *por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal*. Esta última, modificada parcialmente por Ley Orgánica de 9 de diciembre de 1985.

En el preámbulo de la ley ordinaria de 1984, se declaran *objetivos* de la misma el cumplimiento del “mandato cons-

titucional, regular legislativamente la objeción de conciencia y articular, por tanto, los mecanismos que permitan a los ciudadanos comportarse de conformidad con sus convicciones”.

Se añade que los *principios* que inspiran el texto son fundamentalmente cuatro: “En primer lugar, la regulación de la objeción de conciencia con la máxima amplitud en cuanto a sus causas, con la mínima formalidad posible en el procedimiento y con la mayor garantía de imparcialidad en cuanto a su declaración. En segundo lugar, la eliminación de toda discriminación en cualquier sentido, entre quienes cumplen el servicio militar y los objetores de conciencia. En tercer lugar, la previsión de garantías suficientes para asegurar que la objeción de conciencia no será utilizada, en fraude a la Constitución, como una vía de evasión del cumplimiento de los deberes constitucionales. Por último, la consecución de que el cumplimiento de la prestación social sustitutoria redunde en beneficio de la sociedad y del propio objetor”.

El evidente tono defensivo de esta exposición de motivos se evidencia, sobre todo, cuando el legislador trata de justificar la mayor duración de la prestación social sustitutoria respecto del servicio militar ordinario: “es, desde luego, una garantía de las que la Constitución exige para que la objeción de conciencia no constituya una vía de fraude a la Ley a través de la evasión del servicio militar; pero es, también, una necesidad para evitar discriminaciones, pues no pueden tratarse por igual situaciones desiguales y discriminatorio sería que la prestación social y el servicio militar, cuyos costes personales e incluso físicos son notablemente diferentes, tuviesen la misma duración”.

Al margen de otras cuestiones —creación del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia o régimen disciplinario de los objetores— me interesa especialmente destacar que la Ley, en su art. 1 establece que 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; el derecho a la objeción podrá ejercerse hasta el momento en que se produzca la incorporación al servicio militar en filas y, una vez finalizado éste, mientras se permanezca en la situación de reserva; no podrá prevalecer entre los ciudadanos discriminación alguna basada en el cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.

En cualquier caso, esta normativa (tanto la que regula la objeción de conciencia como su régimen penal) fue meteóricamente contestada por un amplio sector de la población española, acusada de inconstitucionalidad y propiciada desde el Movimiento de Objetores de Conciencia la desobediencia civil a la misma.

Sobre todo, se discrepa por la no admisión de la objeción sobrevenida, determinados aspectos del procedimiento, la mayor duración de la prestación sustitutoria —que otorga un tratamiento desfavorable al objetor respecto del soldado— y el régimen penal y disciplinario.

El 28 de marzo de 1985, el Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esta normativa, haciéndose eco de numerosas iniciativas de origen bien diverso: Parlamento Vasco, Movimiento de Objetores de Conciencia, Cristianos por la Paz, Asociación Pro Derechos Humanos, Comisión General de Justicia y Paz, Club de Amigos de la UNESCO, Asociación para las Naciones Unidas en España, etc. También planteó diversas cuestiones de inconstitucionalidad la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Las *Sentencias 160 y 161 del Tribunal Constitucional*, ambas de 27 de octubre de 1987, cristalizaron en otros tantos fallos desestimatorios de los motivos de inconstitucionalidad alegados. Me referiré tan sólo a las cuestiones más llamativas de entre todas las planteadas.

Según el Tribunal Constitucional, la mayor duración de la prestación social sustitutoria del servicio militar no es anti-constitucional porque ambos supuestos “no son similares, ni cabe equiparar la *penosidad* de uno y otro”. También es permisible desde la perspectiva constitucional —se afirma— “la remisión al Gobierno para fijar la duración del servicio... ya que se trata de una potestad organizativa que exige una discrecionalidad en atención a los medios y necesidades contingentes que puedan surgir según las circunstancias, campo propio de la potestad reglamentaria”.

El Alto Tribunal afirma, también, que no puede ser tachada de inconstitucional la normativa que rechaza la objeción sobrevenida e insiste en que el derecho a la objeción puede ejercerse, solamente, hasta el momento en que se produzca la incorporación al servicio militar. Aceptarlo con posterioridad se considera perturbador para la seguridad interna de las fuerzas armadas.

Estas y otras argumentaciones contenidas en ambas sentencias han causado —al menos— perplejidad entre no pocos constitucionalistas en España e, incluso, han sido tajantemente rechazadas en diversos votos particulares formulados por magistrados del propio Tribunal Constitucional.

El Movimiento de Objetores de Conciencia reaccionó con especial dureza, con sorpresa de casi nadie; acusó al Tribunal Constitucional de haberse alineado con la política represiva del ejército y los militares, e hizo un llamamiento a la desobediencia civil que habría de exteriorizarse en la negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria. La intransigencia, lógicamente, no engendró más que intransigencia.

En otro orden de cosas, hay que reconocer que no menos proceloso que el reconocimiento de la objeción de conciencia resultó su desarrollo legal y reglamentario. Sin afán de exhaustividad cabe mencionar, por ejemplo, el Real Decreto, de 24 de abril de 1985, por el que se aprueba el *Reglamento*

del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y el procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor, el Real Decreto de 21 de marzo de 1986, por el que se aprueba el *Reglamento de la Ley del Servicio Militar* (que dedica los arts. 130 a 135 a la objeción) y, sobre todo, el Real Decreto, de 15 de enero de 1988, que aprueba el *Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia*, casi cuatro años después de la promulgación de la Ley de objeción de conciencia.

El Real Decreto de 15 de enero de 1988 fijó la duración de la prestación social sustitutoria en *dieciocho meses* (art. 2); es decir, con una “penalización” de seis meses respecto del servicio militar.

Por si ello fuera poco, el reglamento que se aprueba logró radicalizar todavía más los encrespados ánimos de los objetores al establecer unos esquemas de organización miméticos de los militares y basados en la jerarquía, disciplina y obediencia.

Consecuentemente, es este el momento en que se produce un significativo salto *cualitativo* en las reivindicaciones de los diversos grupos objetores y que es expresión de la tensión máxima entre éstos y el estado: nace la *insumisión*, es decir, un combativo movimiento -con creciente presencia en los medios de comunicación social- engrosado por el continuo incremento de los objetores sobrevenidos y reforzado por la postura personal de alguno de los insumisos encarcelados, que llegan a ser comparados con los primeros objetores del franquismo.

No se trata ya de una simple contestación de la normativa sobre la objeción de conciencia. Es algo más profundo: se rechaza tajantemente no sólo el cumplimiento del servicio militar, sino también de cualquier otra forma de servicio que se presente como alternativa de éste.

## X

La insumisión es un fenómeno nuevo, relativamente reciente, en el que confluyen actitudes de origen bien diverso que se alían para resultar operativas. Además, es un fenómeno que adquiere especial relevancia en nuestro país, quizá como reflejo de un explicable movimiento pendular de antimilitarismo después de tantos años de forzado militarismo en nuestra sociedad.

Por otro lado, es un fenómeno que encaja mal o no encaja en absoluto en los esquemas tradicionales, en la "doctrina" existente sobre desobediencia civil y objeción de conciencia. Y no tiene porque encajar. La realidad, la dinámica de la vida no está obligada a respetar los esquemas académicos.

De ahí la perplejidad de sesudos filósofos y juristas que asisten a la evolución de un fenómeno que no respeta las etiquetas tradicionales.

La insumisión no es exactamente desobediencia civil; tampoco -sin más- una modalidad de objeción de conciencia. Es todo eso y algo más. Quizá porque la marginación y la represión tienden a unir a sus víctimas de una forma espontánea. Cabe recordar, por ejemplo, el antifranquismo como elemento aglutinador de opciones políticas bien diferenciadas en nuestro país. Se explica así la existencia, en ocasiones, de extraños compañeros de viaje.

La insumisión ofrece muchos matices: es un movimiento colectivo, no sólo individual; pacífico, pero no siempre; supone una desobediencia al derecho de largo alcance, ya que pretende modificar aspectos sustanciales del colectivo social; supera el ámbito de privacidad que suele atribuirse a la simple objeción de conciencia; es beligerante y no simplemente pasivo; busca la publicidad, incluso el encarcelamiento de los insumisos, con lo que rebasa el ámbito tradicional de la desobediencia civil; además, los insumisos se oponen a toda

normativa sobre el servicio militar, invocando razones de tipo antimilitarista; se niegan a comunicar a las autoridades su objeción y a presentar la solicitud para su reconocimiento; rechazan tanto el servicio militar como la prestación sustitutoria; emprenden acciones públicas reivindicativas, persiguiendo con ello determinados cambios socio-políticos y jurídicos; se niegan tajantemente a ser considerados militares y reafirman su condición de civiles; hacen “objeción fiscal” para no contribuir a la financiación de los gastos militares, etc.

¿Objeción de conciencia o desobediencia civil? Desde mi punto de vista: simplemente insumisión.

## XI

Apuntadas en páginas anteriores las características esenciales de la insumisión, cabe plantearse la relevancia penal de la misma en nuestro derecho y, sobre todo, la valoración político-criminal que merece. Problemática que, obviamente, aparece ligada a la trascendencia penal del incumplimiento de la prestación sustitutoria por parte del objetor.

1) Respecto de los insumisos, el marco punitivo viene integrado por los nuevos arts. 135 bis h) y 135 bis i) del Código penal común (introducidos por *Ley Orgánica del Servicio Militar*, de 20 de diciembre de 1991) y por el art. 120 del Código Penal Militar, de 9 de diciembre de 1985.

En efecto, la nueva Sección tercera del Capítulo II bis del Título I del Libro II del Código penal común describe y sanciona los delitos “contra el deber de prestación del servicio militar”:

Precisa el art. 135 bis h) que el que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras

obligaciones militares no efectuare, sin causa legal, su incorporación a las fuerzas armadas en el plazo fijado para ello, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo.

En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión menor, en sus grados medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo.

Por su parte, el art. 135 bis i) establece que el que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las fuerzas armadas rehusare, sin causa legal, este cumplimiento será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión mayor o la de reclusión menor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta, el penado quedará exento del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra.

La tipicidad del art. 135 bis i) representa la más genuina forma de insumisión. Como es sabido, los insumisos adoptan una radical postura de inobservancia de la normativa reguladora del servicio militar obligatorio y de la objeción de conciencia -que ni siquiera alegan- por lo que, hasta la reforma de 1991, se veían abocados a sentarse en el banquillo como reos de delitos militares; lo que evidentemente vulneraba el principio constitucional del juez natural, ya que ni los sujetos activos eran militares ni se exigía en los tipos que la conducta fuese realizada en tiempo de guerra.

Efectivamente, las tipicidades antes aludidas proceden del Código Penal Militar y, antes de la reforma, se contenían en sus arts. 124 y 127, hoy sin contenido. Por ello, su enjuiciamiento era competencia de los tribunales militares.

La nueva ubicación de los tipos da satisfacción, al menos, a una vieja reivindicación de amplios sectores de la juventud española que insistían en su condición de civiles y rechazaban, congruentemente, el enjuiciamiento de estas conductas por la jurisdicción castrense y el eventual cumplimiento de penas privativas de libertad en establecimientos militares.

Así, entre las disposiciones transitorias de la *Ley Orgánica del Servicio Militar* de 1991 se establece que los tribunales militares y los jueces togados militares remitirán a los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria los procedimientos que sigan por delitos de no incorporación a filas o por negativa a la prestación del servicio militar, cualquiera que sea su estado procesal, incluso si estuviera señalada vista.

Además, se precisa que, quienes a la entrada en vigor de la nueva normativa y por aplicación de los arts. 124 y 127 del Código penal castrense derogados hayan sido objeto de condena, cumplirán las penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios comunes.

Como consecuencia de todo ello, hay que subrayar la notable reducción que para el ámbito castrense ha supuesto - en esta materia- la reciente reforma.

La nueva redacción otorgada al art. 120 del Código Penal Militar ofrece especial interés. En el mismo se afirma que comete deserción el militar que "con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares" se ausentase de su unidad, destino o lugar de residencia.

El desertor será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra se prevé una pena de prisión de seis a quince años.

Nada hay que objetar, por supuesto, a la consideración de la deserción como un delito estrictamente militar, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

Sin embargo, conviene tener presente que en la imposibilidad legal de ejercer el derecho a la objeción de conciencia una vez que el sujeto se incorpora a filas puede estar la motivación de muchas conductas calificables de deserción, con base en el precepto antes mencionado. Más aún, la falta de sensibilidad de nuestro ordenamiento jurídico al respecto determina la imposibilidad de que, en estos casos, la conducta del desertor aparezca justificada por el ejercicio legítimo de un derecho, ya que la legitimidad es -por ahora- patrimonio de la legislación que prohíbe el ejercicio de la objeción sobrevenida.

2) La otra vertiente del marco penal del problema viene constituida por la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984; que regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen punitivo.

Como ya se indicó, esta Ley Orgánica fue promulgada el mismo día que la reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, previendo las "situaciones patológicas" que de esta última pudieran derivarse.

En el preámbulo de la Ley Orgánica el legislador afirma su intención de construir un régimen penal para los objetos reconocidos que incumplan la prestación sustitutoria semejante al previsto para el incumplimiento del servicio militar, entonces ubicado en el Código castrense y hoy -desde 1991- en el Código penal común.

El art. 2º de la ley, en su versión actual, es fruto de la Ley Orgánica reformadora de 9 de diciembre de 1985. En el mismo se contienen las tres modalidades delictivas con que se pretende garantizar el cumplimiento del servicio sustitutorio civil: la ausencia injustificada, la falta de incorporación y la negativa a cumplir la prestación social.

Al objetor que faltare, sin causa justificada, por más de tres días consecutivos del centro, dependencia o unidad en que tuviese que cumplir la prestación social sustitutoria, se le

impondrá la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo (art. 2º. 1).

La misma pena se impondrá al objetor que, llamado al servicio, dejare de presentarse injustificadamente en el tiempo y lugar que se señale (art. 2º.2).

Al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehuse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Una vez cumplida la condena impuesta, quedará excluido de la prestación social sustitutoria, excepto en caso de movilización (art. 2º. 3).

Se prevé, además, un notable endurecimiento represivo en tiempo de guerra: en los supuestos de los apartados 1 y 2 se impondrán las penas de prisión menor, en sus grados medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo; en el caso del apartado 3, las penas de prisión mayor, o la de reclusión menor en su grado mínimo (art. 2º.4).

De la extraña tipicidad de omisión permanente descrita en el art. 2º.3 de la Ley Orgánica de 1984 sólo puede ser sujeto activo aquel que, habiendo sido reconocido como objetor de conciencia, expresamente o por silencio administrativo, rehuse la realización del servicio social sustitutorio. En el supuesto de que el objetor no haya visto aceptada su solicitud, ya sea por una decisión sobre el contenido de la petición o por un simple defecto de forma, y se mantenga en su actitud de rechazar el cumplimiento del servicio militar, incurrirá en el delito de negativa a cumplir este servicio previsto en el nuevo art. 135 bis i) del Código penal, antes reproducido.

Como ya apunté en su momento, el paralelismo de estos tipos con los hoy contenidos, para los insumisos, en el Código penal común es evidente.

Finalmente, hay que destacar que respecto del enjuiciamiento de estos delitos la Ley Orgánica de 1984 afirma que

“corresponderá a la jurisdicción ordinaria, que aplicará como supletorio el Libro I del Código penal” (art. 2º.5). Norma innecesaria que quizá pretenda presentarse como una concesión de nuestro legislador que -hasta 1991- sentía una cierta proclividad a entregar el conocimiento de estas cuestiones a la jurisdicción militar.

## XII

No me propongo abordar una valoración dogmática de las tipicidades antes aludidas. Creo que el problema no radica en posibles retoques a las discutibles -y discutidas- fórmulas ofrecidas tanto por los Códigos penales, común y militar, como en la Ley Orgánica de 1984.

En este ámbito -como en tantos otros- el problema no reside en lograr un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal. Lo que pongo en tela de juicio es todo el proceso criminalizador apuntado en páginas anteriores. Lo que me parece políticamente-criminalmente inaceptable es recurrir al Derecho penal para resolver conflictos sociales que, en mi opinión, pueden solucionarse menos traumáticamente extra-muros del ámbito punitivo.

Ciertamente, no parece de recibo la inadmisión en nuestro sistema de la objeción sobrevenida. No parece razonable que se niegue a un ciudadano la posibilidad de convertirse en objetor una vez ingresado en el servicio militar. Tal criterio limita drásticamente el contenido de este derecho constitucionalmente reconocido.

Tampoco parece defendible la sensiblemente mayor duración de la prestación social sustitutoria que del servicio militar ordinario, salvo que la misma se explique desde ina-

ceptables criterios de disuasión y penalización de los objetores. Como ya se indicó, otros Tribunales Constitucionales europeos enfrentados con este problema han optado por declarar la inconstitucionalidad, por vulneración del principio de igualdad, de normas de este tenor. El Tribunal Constitucional español, y no sólo en este punto concreto, ha realizado alambicados esfuerzos para justificar lo injustificable.

Todo ello, con ser grave, no es lo realmente decisivo. El torturado proceso que nace con las primeras alegaciones de objeción de conciencia al servicio militar en España y que culmina con el ingreso en prisión de los jóvenes insumisos es la historia de una irreductible intransigencia. Lo que pugna con el reconocimiento más generoso y, por ello, menos crispado de la objeción en otros países. Admitida a regañadientes por sectores muy poderosos en España la objeción de conciencia, su funcionamiento no podía ser pacífico. Y no lo ha sido.

Precisamente, la intransigencia generó radicalización. Al no aceptarse los planteamientos moderados de los primeros movimientos de objeción y al cerrársele legislativamente todos los caminos pacíficos se forzó la insumisión. El abierto desafío al sistema.

El derecho positivo antes invocado supone una chapuza con posibles consecuencias trágicas. No sólo se utiliza el Derecho penal, sino, además, su aspecto más severo: las penas privativas de libertad, a veces de notable duración y cumplidas en prisiones militares, hasta 1991.

En nuestra maltratada Constitución se proclama que vivimos en un Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, toda esta problemática pone de relieve que los viejos hábitos totalitarios y militaristas todavía no han sido desterrados.

En efecto, el principio de intervención mínima constituye para el legislador una exigencia ética que los regímenes totalitarios, indefectiblemente, acaban quebrantando, al crimi-

nalizador la opinión discrepante. Fruto de esta concepción autoritaria del Derecho penal es la exasperación de la amenaza penal que se utiliza para reprimir todos aquellos conflictos sociales que no se alcanza a resolver por cauces democráticos. La hipertrofia del Derecho punitivo es inadmisibles en un sistema social y democrático de derecho. Sin embargo, la actitud actual frente a determinados aspectos de la objeción de conciencia al servicio militar se parece sospechosamente a la vigente durante el franquismo.

En contra del criterio legislativamente impuesto en España, de severa represión en este ámbito, creo que lo razonable sería intentar una *huida del Derecho penal*. Encontrar las respuestas *fuera* del Derecho penal.

La creación de un ejército profesional puede ser la respuesta razonable más inmediata. Un ejército voluntario, profesional y, por ello, más operativo que propugnan -incluso- amplios sectores de nuestras fuerzas armadas.

Automáticamente, los problemas suscitados por la objeción de conciencia se habrían evaporado y, con ellos, los derivados de la insumisión. Con naturalidad y sin vencedores ni vencidos. El empeñamiento en mantener un servicio militar obligatorio no es la solución más inteligente, ni la más justa.

En cualquier caso, la objeción sobrevenida al personal militar voluntario o de carrera plantearía mínimos problemas, que razonablemente se han resuelto en países que han renunciado al servicio militar por reclutamiento masivo.

Además, los problemas derivados de la situación actual quedarían tajantemente resueltos por la obvia aplicación retroactiva de una normativa más favorable, por *destipificadora*, sin necesidad de acudir al ejercicio del derecho de gracia.

Sin embargo, no ha sido éste el camino seguido por nuestros legisladores. La recientemente promulgada *Ley*

*Orgánica del Servicio Militar* se limita a retocar la situación precedente: contempla un servicio militar obligatorio de *nueve meses* lo que, lógicamente, incide en la prestación social sustitutoria, que se fija en *trece meses*. Nos encontramos, simplemente, ante variaciones sobre un mismo tema.

Por ello, la nueva normativa no logrará resolver esta problemática; en el mejor de los casos, tan sólo aplazar la única solución posible en un Estado social y democrático de derecho.