

Deserción, objeción y estado de necesidad

Edmundo RODRIGUEZ ACHUTEGUI

El conflicto del Golfo y la posibilidad de que España participe en la guerra reaviva la polémica acerca de la objeción de conciencia y nos evidencia sus carencias. La reacción de algunos jóvenes que prestaban el servicio militar, a la vista de la eventualidad de participar directamente en el conflicto armado, ha sido la de optar pura y simplemente por la deserción.

El deber militar viene previsto en la Constitución: el artículo 30 proclama que «los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España» y «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».

El desarrollo de este artículo ha provocado cierta polémica acerca de la objeción, centrada en su discutida naturaleza y rango de derecho fundamental. Al respecto las posturas son conocidas y simplemente las reseñaré. Frente a la tesis de quien sostiene que la objeción, bien directamente, bien como instrumento de la libertad de conciencia, es derecho fundamental, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 160/97, de 27 de octubre («BOE» de 12 de noviembre), resolviendo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes 48/84 de Objeción de Conciencia y orgánica 8/84 sobre su régimen penal, ha interpretado que la objeción es «un derecho constitucional reconocido por la norma suprema en su artículo 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (li-

bertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental»¹. El propio Tribunal Constitucional en el F.J. II de la sentencia n.º 161/1987, de 27 de octubre («BOE» de 12 de noviembre), viene a limitar aún más su interpretación y declara que «el derecho a la objeción de conciencia está configurado por el constituyente como un derecho constitucional autónomo, de naturaleza excepcional, pues supone una excepción al cumplimiento de un deber general (el de prestar el servicio militar obligatorio)».

La tesis del Tribunal Constitucional es sumamente restrictiva e ignora los argumentos más reiterados acerca de la naturaleza de la objeción de conciencia. Siguiendo una interpretación puramente literal, desconoce la consideración de derecho esencial que la atribuyen diversos organismos internacionales². Resulta curioso, además, que una simple «causa de exención» esté elevada por la propia Constitución al mismo rango que los derechos fundamentales en el más esencial de sus aspectos, el de su garantía, puesto que es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La polémica tiene gran importancia puesto que el respeto al contenido esencial, que es propio de los derechos fundamentales, se ve restringido al negarle tal rango, de modo que se recorta su extensión y se impide la objeción sobrevenida³.

A esa restricción de la objeción sobrevenida, inadmisibles si se hubiera considerado derecho fundamental, hemos de unir la asimilación que sanciona el Código Penal Militar (CPM) cuando su artículo 8

¹ Fundamento Jurídico III. El recurso de inconstitucionalidad fue presentado por el Defensor del Pueblo, que sostuvo su naturaleza de derecho fundamental. Garrido Falla y otros, en *Comentarios a la Constitución* 2.ª edic. ampliada, Civitas, Madrid, 1985, pág. 621, afirman, «la objeción de conciencia es un derecho condicionado y sometido a garantía de veracidad y no alternativo ni equiparable al servicio militar». Alfonso de Alfonso, en «El Tribunal Constitucional y la Objeción de Conciencia», *Revista de Cataluña* n.º 1, 1983, págs. 209-215, sostiene que es un derecho «complementario» de otro, la libertad religiosa e ideológica reconocida en el artículo 16 de la Constitución. Ramón Soriano, en *Las Libertades Públicas* (Tecnos, Madrid, 1990, pág. 50), apunta que «la objeción de conciencia es una forma de la libertad ideológica que entraña la excepción de la eficacia de ciertas normas jurídicas por imperativo de la conciencia individual», criticando la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En cambio G. Peces-Barba concluye que «no estamos ante un derecho fundamental con características de objetiva estabilidad y permanencia, sino ante un derecho dependiente de una obligación, y como excepción a la misma» («Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia», *Anuario de Derechos Humanos* n.º 5, 1988-89, pág. 174).

² La XVII sesión, reunión 22, de 25 de enero de 1967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa adoptó la resolución 337/67 donde se proclama «las personas obligadas al servicio militar, que por motivos de conciencia, por razón de una convicción

profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de otro tipo de la misma naturaleza, rehusen realizar el servicio armado, deben tener un derecho personal a ser dispensados de tal servicio». El 7 de enero de 1983 el Parlamento Europeo, con la resolución Macchiocchi se pronunció afirmando «la protección de la libertad de conciencia implica el derecho a negarse a realizar el servicio militar armado y a separarse de tal servicio por motivos de conciencia». En parecido sentido la recomendación R.87 (8) el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 9 de abril de 1987. Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 5 de marzo de 1987. Sobre la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos y derecho comparado existe un metódico resumen en «Ordenamiento Jurídico de la Objeción de Conciencia», edit. Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

³ Luis Prieto Sanchis, en «La Objeción de Conciencia como desobediencia al Derecho» (*Sistema* 59, 1984, pág. 59), mantiene que se está limitando sin ninguna justificación la libertad religiosa y de conciencia de quien realiza el servicio militar, incrementando más, si cabe, las restricciones de derechos de quienes lo realizan». En cambio, G. Peces-Barba considera que la objeción sobrevenida «tiene difícil justificación racional» («Desobediencia Civil. . op. cit. pág. 173) El Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 161/1987, de 27 de octubre, establece que esa restricción es «razonable y proporcionada» (F.J. V), al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que le planteó la Audiencia Nacional.

«entiende» que son militares los que «con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresan como voluntarios en el servicio militar», tras el número 1.º, que considera militares los «profesionales, sean o no de carrera». De esta forma equipara a la condición de militar la de los jóvenes que se encuentran realizando el servicio militar obligatorio. Tal equiparación se encuentra en franca contradicción con la realidad social y con el sentido común, ya que el «profesional» y el «voluntario» no pueden tener una calidad similar a la de quien obligatoriamente, por la propia naturaleza del sistema de conscripción, adquiere durante un periodo cada vez más limitado una consideración asimilable a la de los militares. Que pueda haber una asimilación excepcional no debería traer, a efectos punitivos, una equiparación semejante entre los obligados a prestar el servicio militar y quienes lo realizan voluntariamente o tienen en lo militar su profesión.

El CPM establece el delito de abandono de destino o residencia (art. 119) para los mandos y oficiales de los ejércitos, mientras el artículo 120 tipifica la desertión para «el militar no comprendido en el artículo anterior, que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia, o no se presentare...». Con estas previsiones se cierra, en lo referido a los llamados objetores sobrevenidos, la restrictiva regulación de nuestro ordenamiento jurídico.

E impedir el ejercicio de la objeción precisamente durante el servicio militar activo resulta especialmente grave, porque es durante el mismo, ante la evidencia de la realidad, cuando pueden surgir con más probabilidad los motivos de conciencia que la sostienen. Cuando las dudas iniciales, apartadas muchas veces por presiones sociales y familiares, se han transformado en certeza, no queda en nuestro ordenamiento actual más alternativa que continuar o desertar. Y esa alternativa que en tiempos de paz puede decantarse por aceptar el mal menor, seguir realizando por un periodo más o menos breve el servicio militar, en tiempos de guerra lleva a un conflicto de conciencia tan grave que puede conducir a preferir, pese a todo, las consecuencias de la desertión.

La situación actual no es irremediable, ya que la Constitución, no obstante la restrictiva interpretación actual del Tribunal Constitucional, no dibuja un modelo cerrado, sino que establece unos mínimos que facilitan un amplio abanico para que el legislador pueda optar por un modelo de seguridad menos represor. Debería admitirse que en la Constitución:

1.º La objeción de conciencia es causa de exención del servicio militar obligatorio, sin distinguir cuándo deba ejercitarse ese derecho, ni restringirlo a un momento anterior a su prestación activa. Es posible, por lo tanto, que el legislador estatuya un sistema menos restrictivo, dado que las «debidas garantías» no exigen en ningún caso la represión de la objeción sobrevenida.

2.º Las obligaciones militares que la Constitución

española impone a todos los ciudadanos no se reducen al servicio militar obligatorio. Esta es una de las alternativas que tiene el legislador, pero no la única, de modo que la misma Constitución admite «otras que la ley fije» (art. 30.3).

Por si fuera poco, en la situación actual no se distinguen los móviles de los desertores, de modo que la sanción se aplica tanto a quien actúa impulsado por motivos de conciencia como a quien lo hace por móviles espurios. En el caso de los objetores, el conflicto de conciencia conduce también a un conflicto jurídico de consecuencias gravísimas.

Los aspectos más interesantes de este último son la pugna entre el derecho, la libertad de conciencia y el deber de defender a España, que participa de la naturaleza de derecho. Y el objetor sobrevenido, a diferencia de los insumisos, no niega el cumplimiento de este último, sino la imposición de que aquél tenga que manifestarse a través del servicio militar obligatorio⁴. En su caso, motivos de conciencia le impiden empuñar las armas o, en situaciones como las que hoy lo determinan, colaborar con una guerra de justificación cuestionable. Motivos que no le impide ni defender a España ni cumplir sus deberes constitucionales de otro modo distinto. Precisamente por eso se prevé la Prestación Social Sustitutoria, que, sin embargo, en la actualidad, se niega a quien ya ha sido llamado a filas.

Que las leyes restrinjan un derecho no impide que la conciencia siga impartiendo sus dictados. Y al objetor se le plantea un conflicto que le conduce a una situación de auténtica necesidad. Así entra en juego el instituto del estado de necesidad, que podría aplicarse a la situación que nos ocupa.

El estado de necesidad, como conflicto de intereses o de bienes jurídicos, se presenta cuando se exige el sacrificio de uno, o el incumplimiento de un deber, para salvaguardar otro de mayor o igual valor. Cuando ese conflicto se resuelve causando un mal menor para evitar otro mayor (estado de necesidad objetivo), nuestro ordenamiento jurídico considera que concurre una causa de justificación. El CPM se remite en su artículo 21 a las causas eximentes de la responsabilidad criminal del Código común, de manera que la aplicación del número 7.º del artículo 8.º del Código Penal podría determinar —de apreciarse el conflicto— la exclusión de la antijuridicidad por no ser reprochable la conducta típica. Incluso si los bienes en conflicto son iguales (estado de necesidad subjetivo), al sujeto no le es exigible una conducta distinta que la de sacrificar el bien o interés ajeno para salvaguardar el propio. No exigibilidad de la conducta que determina que, aunque en estos casos no se excluye la antijuridicidad, si pueda disminuirse el grado de culpabilidad, de modo que opere como circunstancia modificativa de la responsabilidad, atenuando el rigor de la pena. Incluso considerando que falta el requisito de no tener el necesario obligación de sacrificarse por su oficio o cargo, podría aplicarse la atenuante 1.ª del artículo 9.º,

⁴ La insumisión al servicio militar o a la prestación social sustitutoria es un claro caso de desobediencia civil, ya que pretende demostrar la injusticia de una ley provocando su aplicación. El insumiso niega todo deber de prestación al Estado, y persigue pa-

tentizar lo que considera una injusticia a través de la aceptación de la sanción, utilizando con fines de publicidad el proceso y la pena como un llamado a la opinión pública, lo que le conduce a renunciar a su defensa, no utilizar los recursos, etc.

como eximente incompleta, ya que también el artículo 22 del CPM se remite al común a estos efectos.

La situación de quienes ahora han desertado es asimilable a alguno de estos estados de necesidad, objetivo o subjetivo. Ante la imposibilidad de conseguir el reconocimiento de su condición de objetor de conciencia, impracticable durante el servicio militar activo, el mozo en quien surgen motivos de conciencia que le conducen a la objeción se ve compelido a continuar el servicio militar o desertar, incurriendo en responsabilidad penal. En este conflicto de deberes, entre el que impone la propia conciencia, y el de cumplir el servicio militar, ¿qué ha de prevalecer? Parece justificada la conducta del objetor que pretende conducirse conforme a sus íntimas convicciones, sin negar en caso alguno la defensa de España o el cumplimiento de una prestación alternativa. Sólo cuestiona, con tal convencimiento que está dispuesto a asumir una grave pena, una forma deter-

minada de cumplir ese deber: el servicio en armas, en particular ante la pasada guerra.

El reconocimiento de la objeción sobrevenida, que a la larga será inevitable, bien por la aceptación del Tribunal Constitucional de que la libertad de conciencia la exige, bien por la demanda social de supresión del servicio militar obligatorio, que trasladará la discutida institución a otras esferas, y, por otro lado, la no asimilación a efectos punitivos de los jóvenes en el servicio militar a la de los auténticos militares de carrera, evitarían estos problemas que ahora se suscitan. Mientras tanto, el estado de necesidad al que la restrictiva regulación jurídica actual condujo a los jóvenes que fueron al Golfo, «justifica» —penalmente— la desertión, excluyendo, la responsabilidad penal, puesto que es opinión de muchos que los convencimientos de conciencia son más importantes que la concreta contribución bélica que un muchacho de apenas veinte años pueda aportar en la batalla.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

NOVEDADES

- **LA POLITICA.** Juan Althusius (Althusius).
- **FALACIAS POLITICAS.** Jeremy Bentham.
- **ESCRITOS Y DISCURSOS DE LA REVOLUCION.** E. Sieyès.
- **DOS INTERPRETACIONES DE LA REVOLUCION FRANCESA.** Senac de Meilhan y A. Barnave.
- **EL VOTO PARTICULAR.** Francisco J. Ezquiaga Ganuzas.
- **EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Manuel J. Terol Becerra.
- **EL MERCADO DE LAS IDEAS.** Pablo Salvador Corderch y otros.
- **EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCES.** Javier Pardo Falcón.
- **ETICA CONTRA POLITICA. LOS INTELLECTUALES Y EL PODER.** Elías Díaz.
- **LA EFICACIA DEL DERECHO.** Pablo Eugenio Navarro.
- **OBEDIENCIA AL DERECHO Y OBJECION DE CONCIENCIA.** Marina Gascón Abellán
- **JURISDICCION Y NORMAS.** Juan Ruiz Manero
- **EL ABORTO: PROBLEMAS CONSTITUCIONALES.** Alfonso Ruiz Miguel
- **CONSTITUCION ESPAÑOLA 1978-1988** (3 volúmenes).
- **LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX VISTA POR SUS CONTEMPORANEOS** (2 tomos). Gonzalo Menéndez Pidal.

DISTRIBUIDO POR:
S. A. Distribuciones Editoriales

ÍTACA

CENTRAL LIBRERIA
Y EXPOSICION
LOPEZ DE HOYOS, 141
28002 MADRID
Teléf 416 66 00 (14 líneas)
Telex 47497 ITAD-E

MINISTERIO DE RELACIONES CON LAS CORTES Y DE LA SECRETARIA DEL GOBIERNO