

Insumisión. Solución: Despenalización

Edmundo RODRIGUEZ ACHUTEGUI

El pasado mes de abril, en el debate sobre el «Estado de la Nación», se aprobó con la sola oposición del Grupo Socialista, una proposición del PNV en la que se mandaba al ejecutivo a reformar la Ley de Objeción de Conciencia, porque la actual ley «no ha dado solución completa ni satisfactoria al libre ejercicio del derecho de objeción de conciencia», instando al Gobierno «para que en el plazo de tres meses remita un proyecto de ley de reforma a fin de introducir en dicha normativa modificaciones que corrijan las actuales deficiencias prácticas, se adecúe a las orientaciones más progresistas que ofrece el derecho comparado y dé solución inmediata a la actual situación de los objetores reconocidos como tales y que, por causas que en modo alguno les son imputables, no han podido realizar aún la Prestación Social Sustitutoria establecida».

Ante éste mandato y el nuevo proyecto de Código Penal se abre al legislador una nueva oportunidad del corregir el restrictivo y discriminatorio trato legal (santificado por el Tribunal Constitucional) de objetores e insumisos.

El actual equipo del Ministerio de Justicia se planteó la sustitución de las penas privativas de libertad que sancionan la insumisión, por otras de inhabilitación, o directamente endurecer el régimen legal de la objeción. Como anticipo se ha reformado el Reglamento Penitenciario pretendiendo facilitar a los insumisos condenados que accedieran directamente al tercer grado, lo que revela la dificultad que legislador y ejecutivo tienen para comprender el fenómeno de la objeción masiva y el incremento del número de insumisos.

De nuevo habría que recordar algo que parece obvio: todos los objetores no son insumisos y estos, si son delincuentes, actúan «por convicción». Se niegan a realizar el servicio militar o la PSS son verdaderos «desobedientes civiles», es decir, pretenden mostrar ante la opinión pública la injusticia de las leyes, y lo intentan provocando la aplicación de los mecanismos sancionadores previstos en la norma, acatando sus consecuencias punitivas, negándose a impugnar las resoluciones que recaen, asumiendo el ingreso en prisión para que la sociedad se percate del rigor, innecesariedad o injusticia de la ley. Por lo tanto se niegan a acuerdos con el Fis-

cal, no recurren las sentencias condenatorias ni aceptan indultos o mejoras en su grado penitenciario, que incumplen quebrantando conscientemente su condena. Hacen así un llamamiento a la opinión pública para que ésta influya en el legislador y modifique o derogue la norma que combaten. Son auténticos «delincuentes por convicción» y cuando la reacción legislativa es excesiva consiguen la simpatía y solidaridad de una parte de la sociedad, generando un movimiento contra la norma que combaten¹.

LA OBJECION ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL

Aunque la STC 15/82 de 23 de abril, establece en su F.J. 7.º que «técnicamente, por tanto, el derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30.2 de la Constitución, no es del derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho a ser declarado exento del deber de prestarlo, y a ser sometido, en su caso, a una prestación social sustitutoria», desde la STC 55/85 de 11 de abril, que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad del proyecto de LO de reforma del artículo 417 del Código Penal, sobre despenalización de ciertos supuestos de aborto, considera en su F.J. 14 que «La Objeción de Conciencia forma parte del contenido del Derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución». Más tarde, en el F.J. II de la sentencia 161/1987 de 27 de octubre, al resolver sobre la constitucionalidad de las Leyes 8/84 y 48/84, de 26 de diciembre, limita 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)».

Las leyes reguladoras de la objeción han sido sancionadas por el Tribunal Constitucional en sentencias 160 y 161/87, de 27 de octubre, pese a criticarse por no admitir la llamada «objeción sobrevenida», es decir, la que se pretende ejercitar durante el servicio militar², la penalización de la duración respec-

¹ Sobre el concepto, requisitos y justificación de la desobediencia civil pueden citarse numerosos títulos en español, desde los clásicos H. D Thoreau, «Desobediencia Civil y otros escritos», Zero, Madrid, 1985, págs 41-73 y Etienne de la Boétie, «Discurso de la servidumbre voluntaria o el contra uno», Tecnos, Madrid, 1986, a la literatura jurídica anglosajona, Jhon Rawls, «Teoría de la Justicia», FCS, Madrid, 1979, págs 405 y ss.; Peter Singer «Democracia y desobediencia», Ariel, Barcelona, 1985,

págs. 71 y ss.; Joseph Raz, «La autoridad del Derecho Ensayos sobre Derecho y Moral», UAM, México, 1982, en el capítulo «¿Derecho a disentir?», págs. 323-338 o Ronald Dworkin, «Los Derechos en serio», Ariel, Barcelona, 1984 que sostiene la existencia de «derechos contra el gobierno» en págs 192 y ss.

² Luis Prieto Sanchis, en «La Objeción de Conciencia como desobediencia al Derecho», (Sistema 59, 1984, pág 59), considera que sin ninguna justificación se limita la libertad religiosa y

to del Servicio Militar³ o la valoración de las motivaciones internas por parte del CNOC, cuya inquisitiva intervención ahora se pretende incrementar.

Respecto a las penas, establecidas en el Código Penal Militar y la Ley Orgánica 8/84, se ha superado la discriminatoria regulación anterior que sancionaba más duramente la negativa a realizar la PSS que la del Servicio Militar. Sin embargo por su duración, cuyo mínimo son dos años cuatro meses y un día, son la más graves de las establecidas entre los países de la Comunidad Europea.

PANORAMA DE LA ACTUAL SITUACION

Pese a todas estas «garantías» no deja de incrementarse el número de solicitudes y reconocimientos desde la aprobación de la Constitución⁴, afectando al modelo mismo de conscripción. Al considerarse que el número de objetores antes de la regulación impedía la correcta organización de la PSS, en 1988 se excluyó de la misma a los 21.000 reconocidos hasta entonces. Pero la realidad supera a la capacidad de la Administración para ofertar plazas en donde verificar la PSS, y así frente a los más de 35.000 objetores reconocidos en 1992 se ofertan anualmente menos de la mitad de plazas por la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia (OPSOC), dependiente del Ministerio de Justicia, con lo que muchos objetores sólo tienen que esperar a que transcurra el tiempo superando la edad para el servicio activo. Resulta además que en los tipos penales sólo pueden incurrir ciertos jóvenes, los pocos que son llamados, están excluidas las mujeres, como mostró la Audiencia de San Sebastián al plantear una cuestión de inconstitucionalidad no admitida⁵.

Al determinar el tipo y grado de la pena el legislador ha sido extremadamente severo y a la hora de solicitar la pena también se ha optado por un rigor desproporcionado. Así la tristemente famosa Instrucción 4/92, de la Fiscalía General del Estado, sobre penalidad en los delitos contra el deber de presta-

ción del Servicio Militar, que pretende de los fiscales la proposición de penas que eviten condenas condicionales. No se explica la razón de que se persiga excluir a los insumisos de un beneficio que todo reo, con independencia de la naturaleza del delito que ha cometido, tiene derecho a utilizar.

La normativa legal obliga a condenar, pese a la desproporcionada pena escogida, a los insumisos. Si las Audiencias revocan los cada día más numerosos pronunciamientos inferiores a un año, elevando las penas, ingresan en prisión convirtiéndose en unos internos bien especiales, ya que la función resocializadora y reeducadora que proclama el artículo 25.2 de la Constitución tiene poco sentido en estos casos. Si no se pretende, ni se puede reeducar ni resocializar estos «delincuentes», ¿para qué se les sanciona? Aquí la pena persigue la ejemplaridad y cumple sólo un papel represor. El resultado es que organizaciones como Amnistía Internacional incluyen a España entre los países que gozan del dudoso privilegio de mantener «presos de conciencia» en sus cárceles.

¿CUAL ES EL BIEN JURIDICO A TUTELAR?

Respecto del bien jurídico que trata de protegerse se ha afirmado que estos son «delitos contra un deber», el de prestación, pretendiendo que asegure el correcto funcionamiento del servicio en que consiste la Prestación Social Sustitutoria. Pero ¿ésta es de tal importancia que merezca el mayor reproche sancionador del que es capaz el Estado de Derecho? Parece, aunque el legislador no lo confiese en la Exposición de Motivos de las leyes 48/84 y 8/84, que se pretende proteger la propia pervivencia del Servicio Militar, evitando que la PSS sea una alternativa masivamente utilizada. Se establece un régimen poco atractivo por su mayor duración y dificultad de acceso (ya que requiere ser impulsado por el solicitante a diferencia del Servicio Militar) y se penaliza en comparación con aquél, impidiendo además ejercitar el derecho a objetar de modo «sobrevenido».

de conciencia de quien realiza el servicio militar. En cambio G. Peces-Barba mantiene que la objeción sobrevinida «tiene difícil justificación racional» («Desobediencia Civil y Objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos* n.º5, 1988-89, pág. 173). G. Cámara Villar, piensa que «el legislador, en consecuencia, no ha respetado el contenido esencial, porque difícilmente se puede garantizar algo mediante su total y absoluta exclusión» («La Objeción de Conciencia al Servicio Militar», Civitas, Madrid, 1991, pág. 290). El Tribunal Constitucional en la STC 161/1987, de 27 de octubre, establece que esa restricción es «razonable y proporcionada» (F J.5). No obstante, las dudas sobre el particular alcanzan a los Magistrados del Tribunal Constitucional que emitieron voto particular como A. Latorre Segura que considera se afecta «el contenido esencial de aquel derecho, pues no supone un condicionamiento o restricción del mismo, sino su privación temporal no autorizada por la Constitución».

³ Frente a la tesis de nuestro Tribunal Constitucional que admite la mayor duración de la PSS con base en la disposición constitucional «con las debidas garantías», puede recordarse el cambio de criterio que refleja la Sentencia 470 de 19 de julio de 1989, de la Corte Constitucional Italiana, que considera inconstitucional una duración superior del servicio civil respecto del militar, declarando «la diferente duración del servicio sustitutivo... constituye una injustificable discriminación por razón de creencias religiosas o de convicción política, a la vez que una limitación a la libre manifestación del pensamiento» (comentada por el profesor M. Lo-

pez Alarcón en «La duración del servicio civil que debe cumplir el objetor de conciencia. (Notas a la sentencia de la Corte Constitucional Italiana de fecha 19 de julio de 1989)», «La Objeción de Conciencia en el Derecho español e italiano», Universidad de Murcia, 1990, págs. 149-161).

⁴ En 1985, 10.748; 1986, 5.289; 1987, 7.023; 1988, 6.603; 1989, 12.301; 1990, 21.140; 1992, 35.732. y en 1993, 68.209. Sólo en dos meses de 1994, las solicitudes fueron 10.782.

⁵ La cuestión propuesta en mayo de 1993 por la Secc. 2.ª, de la que fue ponente el Magistrado Antonio Jiménez Percas cuestionaba la constitucionalidad de la LO 8/84 porque las penas que establece sólo son imputables, injustamente, a varones menores de treinta años, lo que «quiebra no sólo el principio de universalidad de la norma, sino el de universalidad de las decisiones judiciales», «discrimina a los varones jóvenes objetores respecto del resto de los exentos del Servicio Militar y en especial, respecto de las mujeres» y considera que «no es fácil entender que si la defensa de España es un derecho y deber de los españoles, su configuración como derecho sólo atañe a la mujer, pero se la excluye del deber, que se carga exclusivamente sobre los varones jóvenes, con lo que la discriminación es doble», por lo que estima vulnerado el artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ni siquiera admite a trámite la cuestión considerando que las Sentencias que ya se han dictado sobre la materia han zanjado la cuestión.

A pesar de todo el Servicio Militar no debiera ser el bien jurídico protegido, por su naturaleza meramente instrumental respecto de la defensa de España, que es el derecho y deber que corresponde a todos los españoles. Conforme la redacción del artículo 30 de la Constitución debería concluirse que si algún bien jurídico se pretende preservar es la defensa de España.

Sin embargo la no realización de la PSS en ningún caso pone en peligro la defensa de España. Las tareas que se asignan a quienes la realizan nada tienen que ver con aquélla, como de modo tan acertado puso de relieve en su Auto de 20 de noviembre de 1991, el Magistrado Ramón Saez Valcárcel, del Juzgado de Instrucción número 38 de Madrid⁶.

Más discutible sería la negativa a incorporarse, realizar o continuar el servicio militar, puesto que podría entenderse que la Defensa nacional se pone en peligro. Pero que alguien sostenga que hoy la integridad nacional se vea afectada porque un joven de dieciocho años no realice este servicio militar parece inadmisibles. Si es la objeción masiva lo que se teme la solución es atajar las causas que la provocan, pero no recurrir a la amenaza penal para reprimirla. La objeción es un fenómeno masivo porque su concepción actual es rechazada mayoritariamente por los jóvenes y por el enorme calado que han conseguido las convicciones pacifistas. La defensa nacional se garantiza modificando el modelo de defensa, suprimiendo el sistema de conscripción, profesionalizando las Fuerzas Armadas o del modo que mejor parezca al legislador, pero no persistiendo en que trescientos mil jóvenes se incorporen cada reemplazo a pasar nueve meses en los cuarteles «formándose» militarmente. Y mucho menos, imponiendo penas privativas de libertad a quienes consiente y voluntariamente se niegan a realizar el servicio militar por convicciones ideológicas, filosóficas, morales o éticas. Hoy, quizá demasiado tarde, parece que por fin el ejecutivo ha reaccionado y pretende reformar el servicio militar asegurando los derechos de los mozos, regulando su horario, disminuyendo su duración y elevando su retribución.

NO HAY REPROCHE SOCIAL

No existe la percepción de que algún bien jurídico esté siendo dañado, por lo que difícilmente puede existir reproche social a la conducta de los insumi-

⁶ En dicho auto se considera que no hay bien jurídico lesionado en el caso de quien se niega a realizar la PSS, ya que en aquella ocasión el imputado F.V. había sido destinado a una asociación de ayuda a minusválidos, por lo que «el servicio para el que era requerido nada tenía que ver con la defensa nacional en su modalidad de defensa civil. Su negativa no perjudica ese valor constitucional ni lesiona el bien jurídico, que no ha sufrido por esos hechos. Sin lesión no hay delito». El Ministerio Fiscal recurre considerando que la PSS no está relacionada con la defensa nacional y que el bien jurídico es la propia prestación. El auto que resuelve el recurso, de 8 de enero de 1992, sostiene que es la Defensa nacional lo que se trata de tutelar en el artículo 30 de la Constitución, en las formas en que aquella se manifiesta. Servicio Militar (y su PSS) y Servicio Civil. La Secc. 6ª de la AP de Madrid revoca estas resoluciones por Auto de 14 de febrero de 1992 porque «colisiona con la doctrina establecida en este tema

por el Tribunal Constitucional», considerando que «el cumplimiento de la ley no puede quedar sujeto a las opiniones o creencias por muy respetables que estas sean, de los ciudadanos» y porque «si la negativa a efectuar la PSS por razón de Objeción de Conciencia no lleva aparejada su incriminación penal, ello afectaría al principio de igualdad respecto de los demás ciudadanos que se encuentran cumpliendo su servicio militar». Curiosamente dicho principio no parece conculcarse cuando se establece una duración notoriamente superior de la PSS respecto al Servicio Militar, ni cuando es preciso solicitar la concesión de la cualidad de objetor alegando y teniendo que llegar a probar, si es preciso, motivaciones de conciencia, ni tampoco al perseguir la objeción sobrenvenida.

La sociedad no exige que estos «delincuentes» ingresen en prisión. Si algo puede constatarse, muy al contrario, es cierta simpatía hacia quienes son sometidos a procedimientos criminales por esta causa. Son tantos los argumentos que se han dado a los insumisos, tal la torpeza del legislador y del ejecutivo, que se ha producido un estado de opinión pública que directa o indirectamente aplaude su conducta. Es difícil sostener que hoy, en la sociedad española, la mayoría de la población defiende el castigo de los insumisos. Ni hay «alarma social» ni reproche a las conductas que son tan gravemente penadas. Se percibe justamente lo contrario y un evidente rechazo a las desproporcionadas penas que han motivado que la Secc. 1.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla haya elevado al TC cuestión, admitida a trámite, sobre el particular, al entender vulnerados los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución.

En su Fundamento Quinto, entiende la Sección que el juicio de proporcionalidad que superó la Ley 8/84 en la STC 160/1987 de 27 de octubre, se hizo comparando las penas establecidas para quienes se negaban a realizar el Servicio Militar y la PSS. En este caso «lo que se cuestiona es la proporcionalidad de las penas previstas por el legislador en relación con el bien jurídico protegido y con la entidad de la lesión a dicho bien», argumentando que puesto que la nueva LO 13/1991, de 20 de diciembre del Servicio Militar se pronuncia por un modelo mixto, que se ha reducido la necesidad de soldados de reemplazo, ha disminuido la duración del servicio activo, y dado el sustancial incremento en el número de objetores «y con él, del número de objetores a los que no se ofrece plaza alguna para realizar la PSS (26.778 plazas), el rechazo al cumplimiento de ésta queda situado en unos términos sustancialmente diferentes a los que tuvo en cuenta el TC al dictar la sentencia 160/87», criticando «una respuesta penal de extraordinaria dureza dispuesta para la protección directa de un interés administrativo no exigido por la Constitución»⁷.

SOLUCION: DESPENALIZACION

En la situación actual debe optarse sin más paños calientes por la despenalización de la insumisión. El servicio militar obligatorio es rotundamente contestado por un elevadísimo número de jóvenes. La sociedad no considera preciso encarcelar a quien

La cuestión, de la que es ponente el presidente de dicha Audiencia, Miguel Carmona Ruano, ha sido formulada el 16 de marzo de 1994

rehúsa realizar el Servicio Militar o su sustitutivo, la PSS. No hay bien jurídico que sea lesionado. Y la solución de optar por otro tipo de penas, como la inhabilitación, es terriblemente discriminatoria.

Además, no nos engañemos, al criminalizar estas conductas en los procedimientos penales lo que hacemos es someter a juicio la conciencia del individuo. En esencia es esa la cuestión que se dilucida: si el joven está dispuesto a renunciar a su convicción de conciencia ante la amenaza de verse privado de bienes jurídicos importantísimos como la libertad o el trabajo.

Más vale profundizar en las alternativas que el artículo 30 de la Constitución permite desarrollar, y de las que hasta ahora no se ha ocupado el legislador, que empeñarse en mantener el sistema actual. Un servicio civil universal, cualquiera que sea la edad, sexo o estudios de quien vaya a realizarlo, de duración razonable, con auténtica finalidad de servicio social, y absolutamente desvinculado del servicio militar, es mejor solución que empeñarse en llenar las cárceles de jóvenes que se limitan a proclamar su conciencia pacifista.