

Los delitos de insumisión en la legislación española

NICOLAS GARCIA RIVAS

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción.—II. El cuadro normativo: clases de insumisión.—III. El bien jurídico protegido: análisis del art. 30 de la Constitución: A) Interpretación legal del art. 30 CE. B) Interpretación «alternativa». La prestación social sustitutoria como modalidad de cumplimiento del deber de defender a España. C) La defensa nacional (civil y militar) como interés protegido en los delitos de insumisión.—IV. La insumisión propia: A) Negativa a realizar la prestación social sustitutoria. B) Negativa a cumplir el servicio militar. C) Problemas particulares relativos a insumisión propia: 1. La exigente de ejercicio legítimo de un derecho. 2. La exigente de estado de necesidad. Análisis de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992. 3. La remisión condicional de la condena.—V. La insumisión impropia: Falta de incorporación al servicio. Régimen sancionador penal y administrativo: A) Falta de incorporación a la prestación social sustitutoria. B) Falta de incorporación al servicio militar.—VI. Insumisión sobrevenida: A) Insumisión sobrevenida al servicio militar. El delito de deserción en la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre. B) Insumisión sobrevenida a la PSS.—VII. Los delitos de insumisión en el Proyecto de Código Penal de 1992.

I. INTRODUCCION

Aunque la finalidad de este trabajo no es, desde luego, elaborar un estudio profundo y detallado sobre el complejo e interesante problema de la desobediencia civil, considero conveniente esbozar, en principio, los parámetros en que la misma se desenvuelve en el Estado democrático. Y es que parece absolutamente superado ya el día en que el penalista podía construir conceptos y elaborar sus propuestas al margen los efectos que la norma penal provoca en la sociedad. Por ello, cuando se

plantea hoy el problema de la insumisión, no puede uno desembarazarse del dramatismo con que se ha vivido en nuestro país el ingreso en prisión de un grupo de jóvenes por negarse a cumplir la prestación social sustitutoria (PSS), exigida por la Ley 48/1984 de 26 de diciembre, o el servicio militar (SM), en virtud de la antigua Ley del Servicio Militar (LSM) de 8 de junio de 1984, sustituida hoy por la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre. La sociedad española no acaba de aceptar que el hecho cometido merezca tan severo reproche penal. Obligación del penalista es, por tanto, averiguar si la utilización del *ius puniendi* ha discurrido por los canales legítimos por la Constitución o si, por el contrario, las instancias encargadas de elaborar y aplicar las normas que incriminan la insumisión son acreedoras de grave censura desde el único prisma jurídicamente atendible, esto es, la propia Constitución.

Cuando Radbruch —primero— y el Tribunal Constitucional Alemán —después— niegan carácter jurídico a la «arbitrariedad legal» vulneradora de los más elementales principios jurídicos (1), se refieren siempre a normas emanadas del régimen nazi, cuya característica principal es, precisamente, la falta de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones estatales, inspiradas formalmente en la voluntad del Führer (2).

Pero en un Estado democrático, como lo es el español en la actualidad, la solución del problema discurre por caminos bien distintos. Es consustancial al sistema de valores en ella contemplados, como explica Haeberle, definir un espacio abierto que haga posible el juego de las posibles alternativas, esto es, que permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria (3). Porque no se trata de un sistema de valores meramente ornamentales o retóricos, sino de un sistema material y normativo con directa incidencia en la totalidad del ordenamiento jurídico, como ha reconocido claramente la jurisprudencia constitucional (4).

Bajo estas condiciones, el desacuerdo individual con los mandatos normativos —es decir, la desobediencia civil— puede manifestarse co-

(1) DREIER, «Derecho y Moral», en GARZÓN VALDÉS (Comp.), *Derecho y Filosofía*, ed. Alfa, Barcelona, 1985, pp. 81-83.

(2) ESTEVÉZ, *La crisis del Estado de Derecho liberal*. Schmitt en Weimar. ed. Ariel, Barcelona, 1989. pp. 232-233, explica la concepción del «ideólogo» C. SCHMITT, sobre la dictadura «plebiscitaria» en que la aclamación sustituye al consenso. Desde otra perspectiva, el tema aparece reiteradamente en FARIAS, *Heidegger y el nazismo*, ed. Muchnik, Barcelona, 1989.

(3) HAEBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Materialien zu einer Vergangungstheorie der offenen Gesellschaft, Berlin, 1978, citado por GARCÍA ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3 ed. 1985, página 101.

(4) GARCÍA ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, p. 95.

mo postura disidente frente a la asumida por las mayorías democráticamente elegidas, con la intención de cambiar las convicciones imperantes y conseguir apoyo mayoritario a la tesis del desobediente (5). Este no busca prioritariamente ser sancionado, sino convencer a la justicia de sus propuestas. Por ello, como afirma Dreier, esa desobediencia puede y debe canalizarse a través del sistema establecido de impugnación de decisiones judiciales o administrativas, transformando la resistencia frente a la norma en lucha por el derecho con los medios procesales que se hallen al alcance del desobediente (6). La actuación de éste se convierte, así, en ejercicio de profundización de los derechos fundamentales.

Ahora bien, pese a que este planteamiento pertenece ya al patrimonio jurídico propio de los Estados democráticos, la estrategia seguida en nuestro país por el movimiento ciudadano que con más ahínco ha enarbolado la bandera de la objeción —el Movimiento de Objeción de Conciencia— y, por ende, la defensa de los insumisos procesados, ha discurrido por una vía totalmente distinta. El eje de la misma pasa por plantear el debate procesal como debate político, asumiendo la condena a pena de prisión como algo ineludible e incluso deseable, por cuanto la sola presencia de un joven en prisión por motivos de conciencia representa —a su juicio— la más clara condena de la regulación actual de la objeción. De ahí que —sobre todo en los primeros procesos contra insumisos— la defensa jurídica careciera de la más mínima consistencia, alegando la concurrencia de eximentes tan extemporáneas como la legítima defensa o el cumplimiento de un deber (arts. 8-4 y 8-11 CP).

En estos últimos meses, sin embargo, y gracias a la sensibilidad de una parte de la judicatura —principalmente el colectivo de Jueces para la Democracia— la estrategia del M.O.C. parece haber cambiado, ante la evidencia de que situar el debate en el terreno estrictamente procesal también puede dar sus frutos si las alegaciones formuladas tienen la solidez jurídica suficiente.

II. EL CUADRO NORMATIVO. CLASES DE INSUMISION

La situación legislativa ha sufrido recientemente un importante giro —que no cabe calificar de positivo por entero— con la promulga-

(5) ESTÉVEZ, «El problema de la justificación de la desobediencia civil», en *Mientras Tanto*, núm. 19, 1983, pp. 45-60. Afirma el autor que la única arma con que cuenta el desobediente civil es su capacidad de convicción (p. 59).

Analiza la insumisión desde la óptica de la desobediencia civil, LANDROVE, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, con un amplio apéndice legislativo.

(6) DREIER, *ob. cit.*, p. 98.

ción de la nueva LSM (L.O. 13/1991 de 20 de diciembre). En ella aparecen dos importantes modificaciones respecto al régimen jurídico anterior: por un lado, introduce en el Código Penal, y bajo la rúbrica de «Delitos contra el deber de prestación del servicio militar», los arts. 135 bis h) y 135 bis i), que tipifican las figuras de falta de incorporación al SM y de negativa a su cumplimiento, respectivamente. Se aprovecha además la ocasión para salvar una de las objeciones constantemente planteadas a la regulación anterior, esto es, la distinta penalidad de los delitos relacionados con el SM respecto a aquellos que tienen como punto de referencia la PSS, tipificados en la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre. Ahora bien, contra lo pretendido por quienes criticaban la disparidad punitiva anterior, el legislador de 1991 ha decidido igualar el marco penal respectivo, pero tomando como patrón la superior pena prevista en la L.O. de 26 de diciembre de 1984 (sanción punitiva que proviene de la L.O. 14/1985 de 9 de diciembre).

Por otro lado, al incluirse dichas conductas de incumplimiento del SM en el Código Penal, su conocimiento pasa automáticamente a la jurisdicción ordinaria, con lo que se supera otra de las críticas formuladas a la legislación anterior, que permitía el enjuiciamiento de «paisanos» (así hay que calificar a los insumisos al SM) por los tribunales castrenses, vulnerando una regla básica del Estado democrático que nuestra Constitución recoge en el art. 117-3, al circunscribir el ámbito de la jurisdicción militar a lo «estrictamente castrense». De este modo, por lo demás, el legislador de 1991 supera, al propio tiempo, la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991, que consideraba conforme a la Constitución —bien que no sin discrepancias entre los magistrados intervinientes— la anterior distribución competencial (7).

Pero a pesar de estas innovaciones, la cuestión penal referida al incumplimiento de la PSS (PSS) sigue siendo hoy en día una brecha abierta que merece particular atención. Son ya numerosas las resoluciones de los juzgados españoles condenando a quienes se niegan a realizar dicha prestación, habiendo generado las mismas una jurisprudencia contradictoria que, además, y en virtud de la distribución de competencias recogida en el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (tras la reforma operada por la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre), nunca podrá ser unificada por el Tribunal Supremo, ya que a tales causas les está expresamente vedada la vía del recurso de casación (artículo

(7) Véase GARCÍA-LABAJO, *La sumisión de los «insumisos»*. Comentario a la STC (Sala Pleno) 60/1991 de 14 de marzo, en *La Ley*, 1991-3, pp. 3 y ss., mostrándose de acuerdo, en lo esencial, con la citada Sentencia. Por el contrario, expresa serias objeciones constitucionales a la posibilidad de que la jurisdicción militar enjuicie a «paisanos», Díez PICAZO, *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 39. Asimismo, pero desde una perspectiva más amplia, ANDRÉS IBÁÑEZ-MOVILLA ALVAREZ «El poder judicial», Tecnos, Madrid, 1986, pp. 184-188.

lo 847-1 L.E.Cr.). El problema ha alcanzado su punto más álgido tras conocerse el fallo del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, en la Sentencia 75/1992 de 3 de febrero, en la que por vez primera se absolvía a un insumiso a la PSS, acudiendo a la eximente de estado de necesidad (8).

En consecuencia, la nueva LSM no ha servido en absoluto para resolver este problema, que presenta incluso ribetes políticamente comprometidos. El presente trabajo se plantea, por tanto, como un intento de aportar un punto de vista más para la solución, en el ámbito penal, de tan debatida cuestión.

Tras la entrada en vigor de la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre, las conductas que pueden incluirse bajo la rúbrica de «insumisión» se hallan dispersas en tres cuerpos normativos, aunque es preferible su clasificación atendiendo a la conducta incriminada. Conforme a este criterio pueden distinguirse:

a) **INSUMISION PROPIA**: consistente en rehusar el cumplimiento del SM [art. 135 bis i) CP] o la PSS (art. 2-3 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre), sancionada con pena de arresto mayor en grado máximo o prisión menor en grado mínimo.

b) **INSUMISION IMPROPIA**: donde se puede incluir la conducta de quienes no se presentan en el plazo fijado para cumplir el SM [art. 135 bis h) CP] o la PSS (art. 2-2 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre), sancionada con pena de arresto mayor en grado máximo o prisión menor en grado mínimo. Su impropiedad deriva de la inexistencia en este caso en el autor de una voluntad de sustraerse permanentemente a su deber legal; cuando ello ocurre, estaríamos siempre ante un caso de insumisión propia.

c) **INSUMISION SOBREVENIDA**: que llevan a cabo aquellos que se niegan a seguir realizando la prestación exigida (SM o PSS) después de su incorporación. El art. 2-1 de la L.O. 8/1984 sanciona esta conducta con la misma pena que la insumisión impropia la PSS, mientras que, por el contrario, no queda claro —en principio— a qué precepto del CPM hay que atenerse para castigar la insumisión sobrevenida al SM, tras la reforma introducida en virtud de la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre. Aparentemente son aplicables los arts. 102 (rehusar permanentemente el cumplimiento de obligaciones militares), 119 bis (militar de reemplazo que se ausentare injustificadamente) y 120

(8) La situación generada a causa de la levedad de las sanciones impuestas por los jueces de nuestro país en los últimos procesos contra insumisos ha provocado que el Fiscal General del Estado, Eligio Hernández, haya elegido el problema de los insumisos para elaborar su primera Instrucción desde que accedió al cargo. Su máxima preocupación es que los insumisos vayan a prisión y, por ello, hace hincapié en que se soliciten elevadas penas para que no se conceda en ningún caso la remisión condicional. (Instrucción de 29 de abril de 1992)

(deserción consistente en abandono del servicio con «ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares»). Más adelante se analizará en profundidad el problema, pero puede anticiparse ya que sólo el último de los preceptos citados —art. 120 CPM— puede aplicarse a estos casos.

De las tres clases de insumisión, la que desde el punto de vista social centra casi toda la atención es, sin duda ninguna, la insumisión propia, pues en ella se plantea de forma más radical que en ninguna otra el conflicto entre la conciencia del objetor y el deber legal. Pero en modo alguno puede desdeñarse la importancia de la que se ha calificado aquí como «insumisión sobrevenida», ya que no es infrecuente su aparición. En cualquier caso, desde la perspectiva del derecho punitivo el análisis tiene que arrancar, necesariamente, de la delimitación del bien jurídico protegido.

III. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO. ANALISIS DEL ART. 30 DE LA CONSTITUCION

El art. 30 de la Constitución dice así: «1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España. 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del SM obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria. 3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. 4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública».

La discusión de la doctrina científica sobre la posición y valor de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento ha generado una importante literatura sobre el tema. No se pretende aquí reflejar en todos sus puntos la rica variedad de posturas defendidas sobre el significado del art. 30 CE. Interesa más contraponer la «tesis oficial», reflejada en la Ley de Objeción de Conciencia y en las Sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161 de 27 de octubre de 1987, y una descripción alternativa, patrimonio de un sector notable de la doctrina (9), que sirve para delimitar el bien jurídico protegido.

(9) Entre otros, GASCÓN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. CAPELLA-GORDILLO-ESTÉVEZ, «La objeción de conciencia, ante el Tribunal Constitucional», en *El País* de 30 de noviembre de 1987, CÁMARA, *La Objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1991. GIMBERNAT, «Objeción de conciencia» en *Derechos Humanos*, núm 29, diciembre de 1990, pp. 18-19. AMERIGO, «La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pp. 11-47.

A) Interpretación legal del art. 30 CE

El Alto Tribunal, al confirmar la legitimidad constitucional de la Ley de Objeción de Conciencia y en otras decisiones posteriores, interpreta el art. 30 de la Constitución bajo las siguientes premisas:

1. La objeción de conciencia es un derecho constitucional cuya invocación permite al ciudadano quedar eximido del *deber constitucional de defender militarmente a España*.

2. Ese deber viene exigido por la Constitución al aludir al SM «obligatorio». Por tanto, la objeción de conciencia viene a ser una *causa de exención del deber* constitucional al SM obligatorio.

3. Al eximirse al objetor de un deber constitucional se produce un desequilibrio, que viene compensado exigiéndole una PSS, cuya regulación se inspira en la idea de «*compensación por exención de un deber constitucional*», permitiendo así que el régimen jurídico al que se somete al objetor sea muy desigual con respecto al que no lo es. Régimen que lleva incluso a algunos Magistrados disidentes del Tribunal Constitucional a calificar a la PSS como «*prestación-sancción*».

Conforme a esa exégesis del art. 30 CE, el legislador penal se limitaría a proteger, por un lado, el deber constitucional de cumplimiento del SM y, por otro, el deber legal —con cobertura constitucional— de cumplir la PSS (10). Particularmente significativa a este respecto es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991, cuando delimita el *deber constitucional* exclusivamente en la *defensa militar* de España, como se verá más adelante.

B) Interpretación «alternativa»: La Prestación Social Sustitutoria como modalidad de cumplimiento del deber de defender a España

Un importante grupo de juristas ha criticado abiertamente la jurisprudencia constitucional sobre la Ley 48/1984 de 26 de diciembre, partiendo de la disconformidad con la premisa fundamental en que se apoya aquélla: la existencia de un deber constitucional de defender militarmente a España, que incluso se ve reducida y empo-

(10) Afirma esto último MILLÁN GARRIDO, «La objeción de conciencia al servicio militar, la prestación social sustitutoria y su régimen penal», en *Actualidad Penal*, 1991, núm. 15, 14 de abril de 1991, pp. 221-222. EL MISMO, *Régimen penal de la prestación social sustitutoria*, en COBO (Dir.) Comentarios a la legislación penal. Tomo X, p. 650.

brechida al confundir ese pretendido deber como la obligación de realizar el SM (11).

La interpretación *alternativa* del art. 30 CE comienza afirmando que según el aparato primero del precepto, efectivamente existe un deber constitucional de defender a España, pero que el mismo no puede reducirse a la vertiente estrictamente militar, tratándose más bien de un *deber que alcanza a todos los españoles* y contra el que no cabe objeción de ninguna clase. En el apartado segundo se recogen *dos modalidades de cumplimiento de dicho deber: SM o PSS*, reservándose esta última para aquellos que ejerzan el derecho fundamental a la objeción de conciencia al SM. Se trata, entonces, de dos modos o formas de cumplir el mismo deber de «defender a España» previsto en el apartado primero del art. 30 CE.

Por tanto, carece de fundamento referirse al objetor como «eximido de un deber constitucional». Ese deber (que no se reduce a la defensa militar) es observado también por el objetor, sólo que se plasma en una prestación distinta al SM. Siendo así, no existe respaldo constitucional para una regulación de la PSS inspirada en la idea de «compensar» el supuesto trato favorable que recibe el objetor, al eximirse del SM, sencillamente porque dicha discriminación positiva no existe.

En mi opinión, esta interpretación del art. 30 CE resulta plenamente aceptable, sobre todo porque no cae en una incorrección metodológica tan notable como es el dejar de lado el apartado primero del precepto —yerro que sí se observa en el planteamiento anteriormente señalado—, que constituye el centro o núcleo del mismo. Ahora bien, siguiendo cabalmente esta interpretación «*alternativa*» del art. 30 CE, el paso siguiente tiene que consistir en la integración de la normativa de rango legal que desarrolla expresamente ese apartado primero y que cuenta ya con más de diez años de vida. Me refiero, claro está, a la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (en adelante Ley de Defensa Nacional) (12).

En ella, el legislador asume con claridad meridiana que la *defensa nacional* no se agota en absoluto en la vertiente estrictamente militar, pues abarca una modalidad de defensa que escapa por completo al ámbito castrense: la *defensa civil*. El art. 21 define esta última como «la *disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional*». En consecuencia, el ordenamiento jurídico español ha rechazado ya en 1980 la equiparación entre *defensa nacional* y *defensa militar*, lo que no siem-

(11) Véase doctrina citada en nota 9.

(12) Salvo error u omisión, sólo tiene en cuenta este importante detalle CÁMARA, *La Objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1991, p. 209.

pre se tiene en cuenta al analizar el problema de la objeción. Por otro lado, al desarrollar el apartado primero del art. 30 CE, la Ley Orgánica de 1 de julio de 1980 define la *defensa nacional* como «*la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin*» (art. 2). Se trata, pues, de cohesionar esfuerzos en caso de agresión, convocando para ello la Ley a todos los españoles sin distinción. Contra el cumplimiento de esta obligación no cabe alegar objeción alguna: se trata de un *deber general e inobjetable*.

La propia Ley de Defensa Nacional distingue, a su vez, la política de defensa y la política militar. Según el art. 4, la primera es un componente de la política general, mientras la segunda forma parte de la política de defensa, sin agotar su alcance; en efecto, esta última comprende también la defensa civil. En consecuencia, si bien la *defensa militar* es competencia de las Fuerzas Armadas, cuyo cometido le asigna el art. 8 CE, no así la *defensa nacional*, en la que se integra la *defensa civil*, extraña al campo competencial propio de las Fuerzas Armadas.

En conclusión, pues, el deber general e inobjetable de la defensa nacional permite su cumplimiento mediante dos modalidades: la prestación de un servicio relativo a la defensa militar (SM) o a la defensa civil (PSS) para aquellos que, en virtud de su derecho fundamental a la objeción de conciencia, queden eximidos del SM. La correcta articulación de ambos tipos de prestación debe encaminarse a lograr el objetivo señalado en el apartado primero del art. 30 CE, que no es otro que la protección defensiva del Estado. Como afirma Palazzo, las prestaciones personales orientadas a la defensa de la patria no se agotan en la relativa al SM, armado o no; la objeción de conciencia puede ser legítimamente reconocida como causa de conversión de la prestación propiamente militar en el marco de las necesidades de la *defensa nacional* (13).

C) La defensa nacional (civil y militar) como interés protegido en los delitos de insumisión

El cuadro que se acaba de dibujar al analizar el contenido y alcance del art. 30.1 y 2 CE representa el punto de partida inexorable para una correcta determinación del bien jurídico protegido en los delitos de insumisión. A ello obliga el principio de exclusiva protección de intereses constitucionalmente relevantes, que el propio Tribunal Constitucio-

(13) PALAZZO, «Obiezione di coscienza», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIX, 1979, p. 543.

nal ha considerado en varias ocasiones como principio rector de la legislación punitiva. En consecuencia, los intereses en juego en este caso se refieren en exclusiva a la defensa del Estado o defensa nacional, en sus modalidades civil y militar.

Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional se ha ocupado del tema, su argumentación ha diferido bastante de ese planteamiento. Ello se apreciaba ya en las dos conocidas Sentencias de 1987, pero alcanza su más acabada elaboración en la reciente Sentencia 60/1991 de 14 de marzo. Aunque el debate jurídico de fondo se centraba —en este caso— en la posibilidad de adscribir a la jurisdicción militar delitos cometidos por quienes, siendo todavía «paisanos», rehusaban el cumplimiento del SM (según el art. 127 CPM, hoy derogado por la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre), lo cierto es que la argumentación del Alto Tribunal se detiene especialmente en la delimitación del bien jurídico protegido, aunque, como se verá a continuación, con escaso éxito.

La lectura de dicha resolución permite comprobar que la escasa atención de la doctrina penal por el tema militar impide al Tribunal tomar puntos de referencia sólidos cuando se afronta una tarea tan importante como la determinación del bien jurídico protegido por los delitos que nos ocupan. Seguramente esa carencia es la causa última de la confusión con que el Tribunal Constitucional resuelve el problema. La Sentencia comienza afirmando que la jurisdicción castrense, en virtud de la limitación establecida en el art. 117.5 CE, sólo puede enjuiciar una conducta delictiva cuando el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal sean «estrictamente militares» (F.J. 3). Tras esta constatación, el Alto Tribunal entra de lleno en la determinación del interés afectado por la negativa de un individuo a cumplir el SM; y es en este terreno donde se observa una preocupante falta de concreción, pues el Alto Tribunal llega a designar hasta tres bienes jurídicos distintos (F.J. 5): 1. La *defensa militar* de España. 2. El bien jurídico de la *defensa nacional*, y 3. El interés a la *prestación del SM*, «obligación que impone la ley en función del deber de todas las personas de ciudadanía española de defender a España» (art. 30.1 CE). No se aprecia aquí una cuidada técnica jurídico-penal, que hubiera exigido mayor precisión; en efecto, los tres bienes jurídicos escogidos por el Alto Tribunal no son, ni mucho menos, equivalentes. La *defensa nacional* es el género y la *defensa militar* una de sus especies; el SM no es más que un *instrumento* para la defensa militar del Estado. En todo caso, lo que sí se desprende con claridad de la Sentencia es la naturaleza militar del bien jurídico, justificándose así el respaldo del órgano de control constitucional a la norma legal cuya legitimidad se cuestionaba.

Ahora bien, el procedimiento lógico seguido por el Tribunal para alcanzar dicha conclusión debe ser sometido, a mi juicio, a una pro-

funda revisión, ya que el punto de partida elegido no es del todo afortunado. El Tribunal entiende que la asignación a la jurisdicción militar del conocimiento de una conducta delictiva exige la concurrencia de dos elementos: en primer lugar —como ya se señaló—, que el bien jurídico tenga carácter militar, pero además —y en segundo lugar—, se considera un «*elemento relevante*» la condición militar del sujeto al que se imputa el delito (F.J. 3). Pero al plantear de este modo el problema, se provoca una significativa distorsión en los criterios que permiten seleccionar con acierto la naturaleza del interés afectado por el hecho tipificado. En efecto, *la pertenencia del sujeto a las Fuerzas Armadas* no es sólo un criterio decisivo de índole procesal, sino un *dato esencial a la hora de delimitar el propio bien jurídico protegido*, ya que si tenemos en cuenta que la Constitución y la Ley de Defensa Nacional asignan a las Fuerzas Armadas españolas la misión de la defensa militar del Estado, salvo que nos hallemos en situaciones extraordinarias (v. gr. en caso de movilización general [artículo 1.2 de la LSM]) el perjuicio a la defensa militar únicamente podrá proceder —de ordinario— de aquellos sujetos que pertenezcan efectivamente a las Fuerzas Armadas. Ello es así porque el deber de *defensa nacional* se convierte en deber de *defensa militar* sólo cuando el individuo pasa a pertenecer a las Fuerzas Armadas mediante su incorporación afectiva, una vez llamado a filas. Es ese acto y no otro el que señala el umbral entre la condición de civil y la de militar, como se desprende del art. 8.2 del Código Penal Militar y de las Sentencias de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1990 y 6 de junio de 1989.

De acuerdo con lo anterior, deben considerarse inofensivas frente al bien jurídico «*defensa militar*» todas aquellas conductas de insumisión en las que el sujeto activo no ha ingresado en las filas de las Fuerzas Armadas, esto es, las consistentes en la negativa a cumplir el SM [artículo 135 bis i) CP] y en la falta de presentación al mismo [art. 135 bis h) CP]. En ambos casos el insumiso no ha adquirido el deber de defender militarmente a España y la lesividad de su conducta alcanza a ese deber general e inobjetable que es la *defensa nacional*, precisamente porque, como establece el art. 2 de la LSM, el cumplimiento de éste «constituye una prestación personal fundamental de los españoles a la defensa nacional».

La L.O. 13/1991 ha venido a corroborar este planteamiento al incluir en el Código Penal común [arts. 135 bis h) y 136 bis i)] las conductas de insumisión propia e impropia al SM; manteniendo, por el contrario, en el Código Penal Militar la única forma de insumisión en la que el sujeto activo sí pertenece a las Fuerzas Armadas: la insumisión sobrevenida (artículo 120 CPM). El mismo criterio sigue el Proyecto de Código Penal presentado en las Cortes el 4 de septiembre de 1992, que incluye además los delitos de insumisión a la PSS, lo que refuerza la argumentación expuesta.

Por lo que se refiere a los delitos incluidos en la L.O. 8/1982, consistentes en el incumplimiento de la PSS a que se obliga a quien, por ser objetor, quede eximido del SM [art. 11.1 c) de la LSM], cabe señalar que en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, hoy imperante, y descartando por completo la posibilidad de que el legislador se sirva de la conminación penal para sancionar la mera desobediencia, sin lesividad constitucional alguna, parece claro que, siendo la PSS una prestación no exigida por la Carta Magna, cuya existencia —y exigencia— depende por entero de la voluntad del legislador (que podría muy bien prescindir de ella), una interpretación sistemática de los apartados 1 y 2 del art. 30 CE sólo permite designar como bien jurídico digno de protección penal el deber de *defensa nacional* que a todos compete (también al objetor), *en su vertiente de defensa civil*. De acuerdo con este planteamiento, afirma Garino que las conductas referidas son contrarias al «deber general de defensa», ya que al eximirse al objetor del SM, «el deber se conecta no ya al sector militar —dirigido fundamentalmente contra el ataque del exterior—, sino al civil, de la defensa interior» (14).

Algún autor (15), y el propio Tribunal Constitucional (en su archiconocida Sentencia 160/1987), sostienen que el interés tutelado por la L.O. 8/1984 es el propio cumplimiento de la PSS; ahora bien, esta postura deja de lado algo tan importante como es el sentido y función que dicha prestación cumple en el marco constitucional, por su ubicación en el apartado 2, del art. 30 CE, precepto destinado a delimitar las prestaciones personales relativas al deber general de defender a España, sancionado en el apartado 1 del mismo artículo. Es decir, que si la PSS no es en modo alguno una *sanción por incumplimiento del SM* (como se desprende de la jurisprudencia constitucional y de la legislación sobre objeción), sino una *modalidad más de cumplimiento del deber de defensa nacional* enderezada a la defensa civil del mismo modo que el SM se ubica en el campo de la defensa militar, siendo pues los intereses defensivos los que dan fundamento y cobertura a la exigencia de dichas prestaciones, serán precisamente esos intereses los que ostenten rango suficiente para recibir protección penal.

IV. LA INSUMISION PROPIA

Esta modalidad de insumisión (sin duda la genuina) está integrada —en realidad— por dos supuestos delictivos distintos, dependiendo de

(14) GARINO, «Obiezione di coscienza», en *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, Vol. V, 1987, pp. 354-355.

(15) Vid. autor y obras citadas en nota 10.

cuál sea la prestación a cuyo cumplimiento se niega el objetor. Por un lado, el art. 135 bis i) CP castiga con pena de hasta seis años e inhabilitación absoluta al que «citado reglamentariamente para el cumplimiento del SM u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusase sin causa legal este cumplimiento». Por su parte, el apartado 3 del art. 2 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre, castiga con la misma pena «al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria».

En ambos casos el legislador ha expresado la conducta típica con el verbo «rehusar», cuyo significado literal alude a la idea de rechazar, no aceptar cierta cosa, o —como afirma Millán Garrido—: «La negativa ha de comportar una *actitud inequívoca de rechazo* al cumplimiento de la prestación social sustitutoria [o del SM], que en la práctica se derivará de la manifestación expresa del interesado. No bastan concretos actos indiciarios, como puede ser la falta de incorporación al servicio, que integrará, en su caso, el delito previsto en el art. 2.2 de la LOOC» (16). En la doctrina italiana (que opera sobre el término «*rifiutare*» —similar en su sentido al castellano «rehusare»— previsto en la Ley núm. 772/1972, de 15 de diciembre), Palazzo precisa un poco más, advirtiendo que «rehusar» presupone un requerimiento u orden de cumplimiento o de ejecución de una determinada prestación, por parte del sujeto legitimado para emitirlos (17). Por tanto, para que el delito se consume no basta con que el sujeto manifieste su rechazo, sino que es necesario que incumpla efectivamente la obligación, o lo que es lo mismo, que se haya cumplido el plazo señalado para la incorporación, ya sea al SM o a la PSS. Se requiere, en definitiva, una actitud exterior de insumisión manifestada por cualquier medio.

A) La negativa a realizar la PSS

En la escasa jurisprudencia emanada hasta ahora en aplicación del art. 2-3 de la L.O. 8/1984, los Magistrados de distintos Juzgados de lo Penal (núms. 1 y 2 de Albacete y núm. 1 de Toledo y el de Salamanca, entre otros) se cuidan de demostrar que el procesado no sólo ha incumplido su deber de incorporación, sino que manifiestamente rehúsa cumplir la PSS. Así, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete, en Sentencias 37, 38 y 39 de 1 de febrero de 1991, recoge en el primero de sus Fundamentos Jurídicos que el acusado, «haciendo caso omiso del re-

(16) MILLÁN, *ob. cit.*, p. 228.

(17) PALAZZO, *ob. cit.*, p. 551.

querimiento y expresando su voluntad patente y decidida de incumplir el deber impuesto por la norma; rehusando de forma fehaciente a no realizar la Prestación Social Sustitutoria, mediante carta dirigida a la Oficina para la PSS de Madrid... y en el acto del juicio oral», ha cumplido cabalmente el supuesto de hecho delictivo. Con distinta fórmula, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma capital, en Sentencias 30, 31 y 32, también de 1 de febrero de 1991, manifiesta que «practicado el requerimiento, el acusado manifestó su decisión firme, mantenida en el acto del juicio, de no realizar la prestación social sustitutoria del servicio militar». Finalmente, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo, en Sentencia 83/1991, de 22 de marzo, tras demostrar que el procesado había sido requerido en tiempo y forma, afirma que desde un primer momento, en sus distintas comparecencias ante la Administración de Justicia «y complementada con la extensa manifestación en el plenario, el acusado reconoció que no estaba dispuesto al cumplimiento de esa prestación» (18).

Obsérvese que en el centro mismo de la incriminación se sitúa un elemento normativo, cual es la propia PSS. Ella es, sin duda alguna, el objeto material del delito, pues sobre ella recae la acción de incumplimiento. Como tal *elemento normativo*, su significado se alcanza únicamente acudiendo a la regulación que de la misma hacen la Ley 48/1984 de 26 de diciembre y el Reglamento de la PSS, aprobado por Real Decreto 20/1988 de 15 de enero. En consecuencia, sólo cuando se hubieren seguido estrictamente los trámites previstos en estas disposiciones nacerá para el objetor el deber de presentarse en el lugar oportuno para iniciar el cumplimiento de la prestación. A este respecto, la Asociación de Objetores de Conciencia defendió durante un tiempo que los requerimientos notificados a los objetores tras la promulgación del Reglamento de la PSS se hallaban viciados de nulidad, entendiéndolo que el Reglamento mismo había sido declarado nulo en Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1990.

La repercusión de este problema en el ámbito punitivo es máxima por cuanto el deber de cumplir la PSS dejaría de existir si realmente fuera nulo el Reglamento que sirve de cauce jurídico para requerir a cada objetor su deber de realizarla. Tanto es así que en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Salamanca 104/1990 de 6 de marzo, el Magistrado utiliza este argumento —entre otros— para fundamentar la aplicación del art. 6 bis a), párrafo tercero, por la concurrencia, a su juicio, de un *error de prohibición*. No es este el momento de discutir si esta decisión fue o no certera, pero sí es menester constatar que el Reglamento en cuestión nunca dejó de mantener su vigencia efectiva. El fallo de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo fue recurrida por el abo-

(18) Muy similar es el proceder del Magistrado de lo Penal de Salamanca en Sentencia 104/1991, de 6 de marzo.

gado del Estado ante la Sala Orgánica Especial de Revisión. Esta acordó primero la suspensión de la Sentencia impugnada (Auto de 11 de abril de 1990) y, después, revocó la misma en Sentencia de 21 de noviembre de 1990 (19). En consecuencia, puesto que los requerimientos a los objetores eran plenamente válidos, sí había nacido para ellos —al menos formalmente—, la obligación de cumplir la PSS.

Ahora bien, una vez constatado que el procedimiento administrativo por el que cual se ha emplazado a los objetores a cumplir la PSS resulta plenamente válido, no puede considerarse concluido el análisis del problema desde la óptica estrictamente penal. Operar de otro modo supondría rebajar el derecho punitivo al papel *secundario* de instrumento sancionador del resto del ordenamiento; papel que si ha sido repudiado en general por la doctrina penal de los últimos tiempos, con más vigor aún debe serlo en un espacio jurídico en que convergen sanciones administrativas (previstas en la Ley 48/1984 de 26 de diciembre) con otras propiamente penales. En un terreno así delimitado cobra toda su fuerza el principio de intervención mínima del Derecho penal. Así pues, porque éste opera con sus propios criterios a la hora de cubrir las necesidades a cuya satisfacción se encamina, debe abrirse aquí un amplio inciso para tomar postura sobre el cumplimiento o no del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de la legislación que penaliza el incumplimiento de la PSS.

En efecto, como recientemente ha afirmado Mir Puig, una política criminal restrictiva de la intervención penal (asumiendo, pues, el principio de «máxima expansión» de los derechos fundamentales) exige subordinar ésta a valoraciones específicamente jurídico-penales, sin que pueda concebirse el Derecho penal como apéndice meramente sancionador del ordenamiento jurídico (20). Por otro lado, y superada ya hoy —parece que irremisiblemente (21)— la postura clásica de Binding, la situación actual en torno al «problema del bien jurídico» se presente como un diálogo —sin encono— entre una visión estrictamente sociológica del mismo y otra que puede calificarse de «jurídico-constitucional» (22). Esta última, nacida al calor de los años sesenta en

(19) Todo el intrincado proceso judicial contra el Reglamento es explicitado con claridad por FERNÁNDEZ PAMPILLÓN: «Revocación de la nulidad del reglamento de la prestación social de los objetores de conciencia», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1598, 5 de mayo de 1991, pp. 2424-2447, reproduciendo íntegramente la Sentencia de la Sala Especial de 21 de noviembre de 1990.

(20) MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites de *ius puniendi*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991, p. 207.

(21) HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*. Aspetti giuridici, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 104 y ss.

(22) FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, en MARINUCCI-DOLCINI (ed.), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 141.

Alemania y, sobre todo, en Italia (Fiandaca, Bricola, entre otros), procura mantener la fuente de la que emanan los intereses más relevantes para la convivencia social de la propia Constitución, nutriendo así de contenido material a la evidente relación jerárquica que ha existido siempre entre el legislador penal y la Constitución. Se llega incluso, en la famosa obra de Bricola, «Teoria generale del reato» (23), a edificar íntegramente el concepto de delito sobre la base de la ley fundamental.

Pues bien, una vez asumido —con diversos matices— el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, la doctrina penal mantiene desde hace años una ardua polémica sobre el alcance que caracteriza al denominado «*principio de ofensividad*». Para unos —la mayoría, por cierto—, la vigencia del citado principio tiene valor, únicamente, para señalar al legislador el camino correcto a la hora de establecer pautas de incriminación; se trataría, por tanto, de un principio político criminal, de alcance indeterminado, carente de relevancia en el terreno interpretativo: el hecho conforme a la descripción del tipo penal sería en sí mismo «*ofensivo*» —según Romano, entre otros— en cuanto expresión del «contenido sustancial de ilicitud según la valoración del legislador» (24). Con ello, se da por bueno el criterio seguido por éste en el momento de seleccionar un comportamiento como merecedor de pena, negándose radicalmente la posibilidad de que un hecho formalmente conforme al tipo sea al propio tiempo «*inofensivo*» desde una óptica material. Contra esta fractura de la «unidad ofensiva» que constituye el tipo se alza —según los autores que mantienen esta postura—, con su enorme valor, el principio de legalidad, cuyo contenido garantista impide al intérprete operar sobre el tipo limitando su alcance en función de parámetros «extratípicos».

Por el contrario, un grupo minoritario —pero relevante— de la doctrina italiana defiende una postura más avanzada sobre el tema. En efecto, autores como Palazzo o Bricola —entre otros— mantienen que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con asiento en la Constitución permite al intérprete adentrarse en el propio tipo penal, valorando si una conducta concreta lesiona o pone en peligro el interés tutelado de acuerdo con la Constitución. En este sentido, afirma Palazzo que *el principio de ofensividad opera a dos niveles*: «A nivel legislativo, por su rango constitucional, prohíbe que el legislador configure tipos delictivos que ya en abstracto abarquen conductas no lesivas de intereses o valores sociales preexistentes. A nivel *jurisdiccional-apli-*

(23) BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XIX, ed. Utet, Turín, 1973. pp. 3 y ss.

(24) ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, Tomo I, Giuffré, Milán, 1987, p. 436.

cativo —prosigue el autor—, la vigencia integral del principio de ofensividad comporta para el juez la obligación de *excluir la subsistencia del delito cuando el hecho, conforme en todo al tipo legal, se revele en concreto inofensivo del bien jurídico específicamente tutelado por la norma*» (25).

De este modo, la función crítica del bien jurídico, lejos de suponer —como sostiene Hassemer (26)— «una utopía rica de contenido», se convierte en instrumento puesto en manos del intérprete para sofocar la tensión que, en su caso, exista entre el interés protegido en concreto por la norma y el bien jurídico de relevancia constitucional. Como recuerda García de Enterría, el sometimiento del legislador a la Constitución no se agota en el estricto cumplimiento del procedimiento formal que sirve de cauce para el nacimiento de la ley, sino que es, «sobre todo, un sometimiento al sistema de valores materiales que la Constitución proclama» (27); entre cuyos valores pueden identificarse, sin duda, los bienes jurídicos, como «intereses vitales del individuo o de la comunidad» (Von Liszt).

Planteado así el tema, cabría perfectamente imaginar que una conducta formalmente conforme al tipo sea materialmente inofensiva frente a ese bien jurídico constitucional que es el único que puede ser válidamente protegido por el legislador penal. En ese caso, el merecimiento de pena decae y el hecho no debe recibir sanción penal.

Hace ya veinte años, Bricola defendió la inclusión en el Código penal de una fórmula que recogiera esta tesis, enriqueciendo —no debilitando— el principio de estricta legalidad; el tenor de la misma era el siguiente: «Una conducta conforme al tipo delictivo no es punible cuando no ofenda el interés específicamente protegido por la norma penal en su dimensión social y constitucional» (28). Por lo demás, hoy se puede afirmar que este planteamiento ha dejado de ser exclusivamente doctrinal, para convertirse en una directiva de la futura legislación penal italiana; en efecto, el texto presentado por la Comisión para la reforma del Código Penal italiano recoge como principio

(25) PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, en PIZZORUSSO-VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Tomo I, Giuffré, Milán, 1985, p. 581. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 84. Comentando una reciente Sentencia de la Corte Constitucional, últimamente, véase: INSOLERA, «Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. 1», VI comma 1. n. 516, 1982, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, pp. 726 y ss. En fin, ofreciendo una panorámica general del problema: FLORA, «Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991, páginas 1187-1219.

(26) HASSEMER, *Il bene giuridico...*, cit., p. 108.

(27) G. ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 94.

(28) BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 84.

básico de la misma (art. 4-1) «que la norma sea interpretada de modo que la punibilidad quede limitada a los hechos ofensivos para el bien jurídico», lo que —a juicio de los redactores— constituye el «baricentro» de un Derecho penal no totalitario, policíaco o lesivo de las libertades. (28 bis). En realidad, siguiendo esta pauta no se hace otra cosa que colocar al legislador penal en su justa ubicación en el marco constitucional. El principio de «ofensividad» le impide dar cobijo y protección a intereses que no encuentren una exacta correspondencia en la ley fundamental. Efectivamente, el principio de legalidad impide que el juez se someta a fuentes extrañas a la norma penal; pero, obviamente, no cabe pensar en una desvinculación del juez a la Constitución. Si el juez está sometido al imperio de la ley, con mayor fuerza aún le vinculan las normas constitucionales, que son base y fundamento de todo el ordenamiento (29). Más aún, los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales —precisamente la «cantera» de la que se extraen en su mayoría los bienes jurídicos-penales—, aparecen dotados de eficacia directa, debiendo atenderse a ellos los jueces a la hora de interpretar la legalidad ordinaria. En eso consiste, por cierto, la denominada «interpretación conforme a la Constitución», que lejos de representar una máxima sin cobertura legal, aparece sancionada en el art. 5 de la LOPJ como pauta a seguir por los jueces ordinarios cuando se les plantea una situación de conflicto entre la norma legal y la propia Constitución.

En el terreno que nos ocupa ahora, ese conflicto puede presentarse siempre que el legislador ordinario instrumente el *ius puniendi* para proteger intereses carentes de relevancia constitucional. En tal caso, al juez penal se le plantean dos alternativas: o bien corrige el desenfoco originado por el legislador [en una labor que Bricola ha calificado de «ortopedia jurídica» (30)], o bien —si lo anterior no es posible— eleva la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. Pero la LOPJ (art. 5) le obliga a intentar lo primero hasta donde sea posible, o sea hasta donde lo permita ese límite representado por el «sentido literal posible» del precepto, que señala —sobre todo en el campo pu-

(28 bis) El texto íntegro del Informe de la Comisión aparece recogido en «Documenti Giustizia» núm. 3, marzo de 1992, y lo relativo al principio de ofensividad en páginas 308-309 y 335.

(29) G. ENTERRÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 95. Sobre el problema de la vinculación del juez a la ley y a la Constitución, vid. GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992 pp. 65-96.

(30) BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 80, se refiere, en efecto, con cierta ironía a la labor de ortopedia jurídica que deberá realizar el intérprete entre el Código Rocco y el sistema constitucional democrático vigente hoy en Italia. Sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución, vid. Arroyo, «*Jurisprudencia Constitucional en materia penal*», en C.P.Cr. 1982, pp. 388-389.

nitivo— la frontera entre la interpretación legítima y la arbitrariedad judicial.

Arduo trabajo interpretativo que, en mi opinión, debe realizarse siempre que un objetor de conciencia que haya sido requerido para cumplir la PSS, se niegue a ello, cumpliendo así, en el aspecto formal, el tipo de delito previsto en el art. 2.3 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre. A ello obliga la inadecuada *regulación legal* del ejercicio del *derecho fundamental* a la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento y, en lo que ahora nos ocupa, de la propia PSS.

En efecto, cuando se observa con detenimiento el elenco de actividades previstas en la Ley 48/1984 (y en el Reglamento de ejecución) y que constituyen el objeto de la PSS, fácilmente se percibe que algunas de ellas nada tienen que ver con la *defensa civil* —como parcela o aspecto de la *defensa nacional*—, que es precisamente el bien jurídico de relevancia constitucional apto para ser penalmente protegido, según se vio más arriba.

Por lo pronto, el art. 6.1 de la Ley indica que la prestación consistirá en realizar actividades de utilidad pública, lo que no se corresponde exactamente con el fin constitucionalmente asignado a la misma, porque debe diferenciarse el apartado 2 del art. 30 CE, dedicado a una prestación social en cumplimiento del deber de defender a España, y el apartado 3, que alude a un «*servicio civil*» para el cumplimiento de fines de interés general, que nada tiene que ver con la defensa nacional y que es al que parece referirse la Ley, no sólo en el apartado 1 del art. 6, sino también y fundamentalmente en el apartado 2 f): «Cualesquiera otras actividades, servicios y obras de carácter análogo que sean de interés general».

Dicha desvirtuación del objetivo de la PSS alcanza su máxima cota cuando la Ley designa como sectores prioritarios para su cumplimiento los siguientes: «conservación del medio ambiente, mejora del medio rural y protección de la naturaleza» [art. 6.2 c)] y, también, «los servicios sociales y, en particular, los que afecten a la acción comunitaria, familiar, protección de menores y adolescentes, tercera edad, minusválidos, minorías étnicas, prevención de la delincuencia y reinserción social de alcohólicos, toxicómanos y ex reclusos» [artículo 6.2 d)]. Se trata, en todo caso, de labores altamente humanitarias y que demuestran un claro sentido cívico. Pero el problema no es éste. Desde el punto de vista penal, la cuestión estriba en si el incumplimiento de obligaciones de esta índole, ajenas por completo al bien jurídico que el legislador está llamado a proteger, merecen o no sanción penal.

Y el tema adquiere todavía mayor relevancia cuando se comprueba que la inmensa mayoría de las sentencias condenatorias dictadas en nuestro país contra insumisos a la PSS, lo han sido por incumplimiento del objetor de tareas de «colaboración social» con ancianos y mi-

nusválidos en dependencias que el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) tiene en diversas ciudades españolas. Habida cuenta de que en ninguno de los casos analizados existe correspondencia con el bien jurídico que la Constitución autoriza a proteger penalmente: la *defensa civil* (como aspecto de la *defensa nacional*), los jueces actuantes podían y debían realizar una interpretación conforme a la Constitución de los preceptos penales a aplicar y, en concreto, del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984 de 26 de diciembre, lo que hubiera significado, seguramente, el fallo absolutorio de todos los acusados. No les hubiera faltado en absoluto legitimidad para ello, pues actuarían amparados en el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (31).

En este sentido, cabe mencionar aquí las Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete 37, 38 y 39 de 1 de febrero de 1991; las del Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma capital 30, 31 y 32, de igual fecha; la del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo 83/1991 de 22 de marzo; la del Juzgado de lo Penal de Salamanca 104/91, de 6 de marzo (revocada por la Audiencia de la misma capital en Sentencia 68/1991 de 24 de junio), y, en fin, la del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992.

Aunque quizá pueda parecer excesivo el poder que aquí se confiere al juez para acotar el ámbito de aplicación del tipo penal, en realidad tal exceso no se da en absoluto. La alta significación que implica el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en nuestro país ha servido ya en más de un caso para «recortar» prohibiciones penales de acuerdo con el patrón constitucional. Baste citar lo ocurrido en relación con delitos contra el honor y su distinta configuración en virtud del reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Más claro aún es el caso analizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, al presentarse como presuntamente incompatible con el derecho fundamental a la huelga (art. 28.2 CE) la prohibición penal de la realizada por funcionarios públicos (art. 222.1 CP). En efecto, aunque seguramente tiene razón Arroyo cuando opina que el citado precepto pudo y debió ser derogado por su frontal incompatibilidad con el ejercicio

(31) La tesis aquí expuesta recoge —citando expresamente la fuente— en el Auto de Archivo de querrela, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid, de fecha 20 de noviembre de 1991, revocado por Auto 32/92, de 14 de febrero, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el que no se contesta la argumentación del Magistrado-Juez de Instrucción, sino a la polémica planteada por la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, que absolvió a un insumiso por entender concurrenente un estado de necesidad.

(32) Cfr. ARROYO, *Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal*, en COBO (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, EDERSA, 1983, p. 215, donde afirma: «el tenor literal del número 1 del artículo 222 se opone a lo dispuesto en el artículo 28,2 de la Constitución y, por tanto, debería haber sido considerado precepto dero-

del citado derecho (32), lo cierto es que el Alto Tribunal escogió la alternativa de remodelar el tipo penal sirviéndose de categorías propias del Estado democrático y asignando al mismo nada menos que un nuevo bien jurídico a proteger, introduciendo en el precepto penal un elemento no previsto por el legislador, cual es el elemento subjetivo consistente en la finalidad de atentar contra el ordenamiento constitucional.

Pues bien, no creo que le hubiera faltado razón a un juez ordinario, para realizar él mismo esta labor de «*ortopedia jurídica*» amparándose en su deber de interpretar los preceptos penales de acuerdo con la Constitución (art. 5 LOPJ): el imperio de la Ley a que el juez se ve sometido sólo cede cuando un precepto superior, de rango constitucional, le vincula con mayor fuerza, de modo que se ve obligado a resolver el «conflicto interno» que aparece en la regulación legal. Obsérvese, por otro lado, que en el caso de la insumisión el juez no se permite ampliar la prohibición penal (lo que sí le está absolutamente vedado en virtud de otro precepto constitucional: art. 25 CE), sino todo lo contrario: neutraliza la posibilidad de establecer sanciones penales respecto de conductas carentes de ofensividad.

Podría pensarse que en situaciones así el juez ordinario está obligado a presentar la oportuna cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional decida si el precepto penal de cuya validez depende el fallo es o no contrario a la Constitución. Desde luego ese deber existe cuando la discordancia con la norma fundamental es absoluta o radical, porque en tal caso el juez ordinario carece de facultades para abstenerse de aplicar la norma penal (salvo que la misma sea anterior a la Constitución, según la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional). Pero no ocurre lo mismo cuando el precepto no es radicalmente incompatible con la norma fundamental, aunque sí lo es su aplicación a ciertas conductas que se hallan dentro de su radio de acción de acuerdo con la literalidad del precepto. Es entonces cuando el principio de interpretación conforme a la Constitución debe alcanzar su máximo rendimiento (33).

gado» por la disposición que a tal efecto aparece en la Constitución. EL MISMO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, ed. Praxis, Barcelona, 1988, pp. 191 y ss. En el mismo sentido, BAYLOS-TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, ed. Trotta, Madrid, 1990, pp. 156-157.

(33) A este respecto, es de mención obligada la STC 105/1988, de 8 de junio, en la que se debate la posible inconstitucionalidad del art. 509 CP, en su redacción anterior a la Reforma de 21 de junio de 1989. Se enfrentaban allí dos posibles interpretaciones del precepto, señalando el Alto Tribunal que una de ellas era contraria a la Constitución; de ahí que afirme a continuación: «Llegados a este punto, parece obligado concluir que la disposición de Ley enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero que sí lo es alguna de las interpretaciones de que ha sido y puede ser todavía objeto. Ello impone la conveniencia de llegar a una Sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio de conservación de las disposiciones legales, en

Esto último, precisamente, es lo que ocurre en relación con la penalización del incumplimiento de la PSS, de acuerdo con la regulación actual de la misma. Ya se ha explicado que determinadas prestaciones carecen de lesividad frente a los intereses que el legislador ordinario, de acuerdo con la Constitución, está llamado a preservar. Ahora bien, la incompatibilidad no es absoluta o radical porque dentro del radio de acción del art. 2-3 de la L.O. 8/1984 se hallan conductas que sí lesionan el bien jurídico «defensa nacional» en su aspecto de «defensa civil». En efecto, cuando la PSS consista en la realización de tareas incluidas en los sectores prioritarios a que se refieren los apartados 2 a), 2 d) y 2 e) de la Ley de Objeción, por tratarse de ámbitos relacionados, siquiera sea indirectamente, con la defensa civil, el incumplimiento de la PSS sí hubiera merecido la oportuna sanción penal. Discernir entre uno y otro caso es labor del juez, a falta de una regulación más plausible.

En el ámbito parlamentario, Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya presentó el 13 de febrero de 1990 una Proposición de Ley con el fin de dar una nueva regulación al problema de la objeción de conciencia y, sobre todo, al régimen jurídico de cumplimiento de la PSS (34); sin embargo, la Proposición obviaba totalmente el problema de la adecuación de las actividades exigidas. Es más, parece que con la intención de «desmilitarizar» la PSS, se preveía como contenido de la misma «el desarrollo de actividades de utilidad pública», entre ellas: alfabetización, bibliotecas, etc.; muy loables todas, pero que tampoco tienen nada que ver con la finalidad constitucionalmente asignada a la PSS, esto es, la defensa civil.

B) La negativa a cumplir el servicio militar

El art. 135 bis i) del Código Penal castiga con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena al 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».

cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución». En la doctrina alemana, TIEDEMANN, «Constitución y Derecho Penal», Trad. ARROYO, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, p. 151, mencionada la restricción operada por el Tribunal Constitucional en el tipo del asesinato (BverfGE, 45, 187, pp 227 y ss.).

(34) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie V, núm. 35-1, 28 de marzo de 1990. Dicha Proposición de Ley ha sido rechazada con fecha 12 de febrero de 1991 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 35-2, 18 de febrero de 1991).

Hasta el momento mismo de la promulgación de la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre, el art. 127 del CPM sancionaba como delito militar, la negativa de un «español» a realizar el SM. De ahí que, durante todo el período democrático, el castigo de esta clase de insumisión haya sido patrimonio de los tribunales militares. El propio Tribunal Constitucional, hace sólo un año, justificó esta práctica argumentando que «este tipo de delito es típica y propiamente militar en cuanto daña al servicio militar en sentido genérico y trata de evitar o limitar la negativa ilícita a la prestación de ese servicio» (F.J. 5).

Afortunadamente, el legislador de 1991, al introducir en el Código Penal común el nuevo art. 135 bis i), ha resuelto de plano la cuestión acomodando nuestro ordenamiento punitivo al patrón común de los Estados democráticos. El individuo que todavía no ha «entrado en filas» es un paisano y como tal hay que juzgarle, acabando de una vez con esa práctica tan habitual —desgraciadamente— en nuestro país, consistente en extender la jurisdicción militar mucho más de lo que la preponderancia del poder civil aconseja y de lo que la propia Constitución, en su art. 117-5, establece taxativamente.

Por otro lado, la ubicación del tipo penal entre los delitos que atentan contra la defensa nacional confirma, en el plano de la legislación ordinaria, la lectura que anteriormente se hacía del art. 30 CE. En efecto, el autor del delito previsto en el art. 135 bis i) CP, según el propio tenor literal del precepto, no se ha incorporado a las Fuerzas Armadas. Por ello, su conducta nunca podría afectar a la defensa militar del Estado, sino a la defensa nacional, que es el deber genérico e inobjetable según el apartado 1 del art. 30 CE. En consecuencia, carecen aquí de relevancia las consideraciones que anteriormente se hacían en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional. Puesto que quien se niega a realizar el SM no ha alegado en ningún momento su condición de objeter, cuando es requerido formalmente para llevarlo a cabo, el deber general y para todos del art. 30-1 CE se convierte en un deber personal a cuyo cumplimiento está llamado concretamente la persona requerida.

Ahora bien, eso no quiere decir que se haya superado por entero la discordancia apreciada entre el texto constitucional y el desarrollo legal del derecho fundamental a la objeción de conciencia al SM. En este sentido, el Movimiento de Objeción de Conciencia —sin duda mayoritario— propugnó desde un principio la inobservancia de la Ley 48/1984, por entender que la misma conculca gravemente varios derechos fundamentales de los objetores (35). Puesto que el legislador de

(35) El 8 de noviembre de 1987, la Asamblea estatal del MOC emitió un comunicado sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de octubre en el que puede leerse: «la LOC viene a sumarse al Código Penal Militar, la Ley y Reglamento del SMO,

1991 no ha modificado en absoluto la situación, el tema debe abordarse por las implicaciones que tiene en el orden penal. Por lo demás, el propio Defensor del Pueblo hizo suyas las críticas a dicha Ley en el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 160/1987 de 27 de octubre.

El Defensor del Pueblo, efectivamente, hizo hincapié en la ilegitimidad de los arts. 3 y 4 de la Ley 48/1984, porque el primero exige al objetor la alegación de los motivos de conciencia que justifican su solicitud, mientras el segundo permite al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (CNOC) recabar informaciones de terceros para determinar si es congruente la petición con las «actuaciones obrantes» en el expediente. Con razón estimaba el Defensor del Pueblo que estamos ante un «procedimiento inquisitorio», pudiendo el CNOC hacer prevalecer, frente a la motivación del objetor, datos de su conducta dimanantes de terceras fuentes, quebrantando así el «contenido esencial» del derecho del objetor. Pese a que el fallo de la Sentencia rechaza la incompatibilidad de estas normas con los derechos a la intimidad y a la libertad ideológica, el propio ponente se muestra de acuerdo con la postura mantenida en el recurso (36).

Seguramente, las dudas razonables sobre la legitimidad constitucional del procedimiento de reconocimiento formal de la condición de objetor no son fundamento bastante para que el insumiso incumpla directamente su obligación, ya que la declaración expresa en contra del Tribunal Constitucional supone un freno inequívoco a esa posibilidad. Obsérvese que la controversia jurídica en torno a estas cuestiones ha adquirido una configuración completamente distinta a la relativa a las tareas asignadas a quienes realizan la PSS, cuya importancia en el plano penal ha sido ya subrayada. La diferencia estriba, precisamente, en que este último problema nunca ha sido abordado por el Alto Tribunal, mientras que la Sentencia 160/87 confirmó la constitucionalidad de la Ley de Objeción en lo referente al procedimiento de declaración de la condición de objetor. En consecuencia, no cabe una «interpretación conforme a la Constitución» que sea contraria, precisamente, al máximo órgano encargado de realizar esa labor hermenéutica; es más, su jurisprudencia vincula directamente a los órganos judiciales ordinarios (art. 40.2 LOTC), lo que impide a éstos elaborar sus propias directrices interpretativas en contra de la doctrina sentada ya por el propio Tribunal Constitucional.

como conjunto de instrumentos legales previstos para que la crítica al papel del ejército sea reprimida, e impuesta la colaboración con la institución militar». Se recoge en *En Pie de Paz*, núm. 8, diciembre de 1987.

(36) Vid. el Voto Particular que presenta De la Vega Benayas (Ponente de la Sentencia 160/1987, de 27 de octubre) en el que califica de «inquisitorial» el procedimiento de reconocimiento del objetor ante el CNOC.

Ahora bien, tampoco está cerrada la vía —creo— para que la enco-nada polémica que aún existe en torno a la constitucionalidad de la nor-mativa que nos ocupa pueda ser resuelta de nuevo por el Tribunal Con-stitucional. Como se sabe, no es infrecuente que este órgano aborde más de una vez un determinado problema e, incluso, que ofrezca soluciones distintas al mismo. Eso ha ocurrido, al menos, en el tema de la reserva de ley en materia penal, resuelto por vez primera en 1984 (STC 43 de 23 de febrero) y dos años más tarde —parece que definitivamente— en la STC 160/1986 de 11 de diciembre, sentando una doctrina radical-mente contraria a la anteriormente propugnada por el mismo Tribunal.

Una vez planteados los problemas de índole constitucional que subyacen en la figura delictiva prevista y sancionada en el art. 135 bis i) CP, conviene plantear a continuación una cuestión de mera le-galidad ordinaria, pero en absoluto carente de importancia: la inter-pretación de la expresión «sin causa legal» que aparece en el citado precepto, en relación con el sistema de plazos legal y reglamentaria-mente previsto para invocar la condición de objetor antes de ingresar en filas.

En efecto, puede ocurrir que el sujeto, después de ser citado regla-mentariamente para prestar el SM, decida declararse objetor de con-ciencia. Deberá determinarse entonces si entra en juego el elemento negativo del tipo delimitado por la expresión «sin causa legal», de tal suerte que la conducta pueda considerarse atípica. La solución al pro-blema pasa, sin embargo, por un exhaustivo análisis de la normativa legal y reglamentaria que establece el tiempo y forma de solicitar la declaración de objetor, la cual carece, por cierto, de la necesaria clari-dad.

El art. 11.1 c) de la LSM reconoce como causa de exención del mismo el «ser declarado objetor de conciencia de acuerdo con la Ley»; por su parte, el apartado 3 del mismo artículo dice que «reglamentaria-mente se determinará la forma de solicitar [dicha exención]... y el mo-mento en que tal exención se hará efectiva». De otro lado, la Disposi-ción Transitoria Sexta mantiene en vigor el Reglamento del SM (aprobado por Real Decreto 611/1986 de 21 de marzo) en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la Ley. Así pues, la normativa militar con ran-go de Ley únicamente alude a la objeción de conciencia como supuesto de exención del SM, pero, como es lógico, no regula al propio tiempo el procedimiento para que el sujeto que se declara objetor, tenga la consideración de tal a todos los efectos. Dicha tarea se encomienda a la Ley 48/1984, cuyo art. 1.3 establece con claridad que «el derecho a la objeción podrá ejercerse hasta el momento en que se produzca la incor-poración al servicio militar en filas»; declaración ésta que confirma plenamente el carácter de derecho fundamental de la objeción, siendo así que su ejercicio se permite hasta el momento mismo en que el suje-to pasa a formar parte de las Fuerzas Armadas, a partir del cual dicho

ejercicio le está prohibido en virtud de consideraciones más que discutibles, pero que, por el momento, no vienen al caso. El principio de máxima expansión de los derechos fundamentales, tantas veces invocado por el Tribunal Constitucional, halla aquí una de sus aplicaciones concretas.

Ahora bien, la simple lectura del apartado tercero del art. 1 de la Ley 48/1984 no resuelve por completo el problema, ya que la misma Ley introduce una gran carga de confusión al disponer, en su art. 2-2, que «la solicitud de declaración de objetor de conciencia, cuando se presente con al menos dos meses de antelación a la fecha señalada para la incorporación al servicio militar en filas, suspenderá dicha incorporación hasta tanto recaiga resolución en firme del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia»; sin embargo, nada dice el precepto acerca de los efectos de la presentación de dicha solicitud cuando falten menos de dos meses para la incorporación. Las posibilidades son dos: o bien se acepta plenamente la solicitud presentada a menos de dos meses de la fecha fijada para la incorporación, o bien se interpreta la mencionada disposición legal en sentido contrario, rechazándose por completo la validez de dicha solicitud «extemporanea».

Este ha sido, precisamente, el camino elegido por el Gobierno al desarrollar reglamentariamente la normativa legal que nos ocupa. Por un lado, el art. 7 del RD 551/1985, de 24 de abril (Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia), tras repetir en su apartado 2 el tenor literal del precepto legal citado, interpreta a su modo el régimen de exclusión diciendo que «cuando la solicitud se presente una vez transcurrido el plazo señalado en el número anterior, no suspenderá la incorporación a filas del solicitante».

Por otro lado, el art. 132 del RD 611/1986 de 21 de marzo (Reglamento del SM) faculta a la «autoridad militar jurisdiccional» para que conceda a estos objetores de última hora, «si lo estima oportuno, un permiso temporal por un tiempo máximo de seis meses» (37).

Con ello, el poder ejecutivo se ha atribuido potestades que no le han sido conferidas por la Ley Fundamental. No es él quien está llamado a resolver posibles antinomias legales ni, mucho menos, a restringir el ejercicio de derechos fundamentales, para cuya regulación exige el artículo 53.1 de forma taxativa una disposición con rango de ley. Toda limitación de los mismos que no provenga de la propia ley debe rechazarse y, desde luego, no vincula en absoluto al juez, sometido siempre al imperio de la Ley, sí, pero «únicamente» a él, según reza el art. 117.1 CE; por el

(37) CÁMARA, *ob. cit.*, pp. 272-274, alude a esta situación en pasado, considerando que la reforma operada en el art. 7 del Reglamento de Objeción por el Reglamento de la PSS en su disposición final primera, ha solucionado el problema, cuando en realidad la reforma afecta sólo al apartado primero del artículo y no al tercero, que es el que impide la suspensión de la incorporación.

contrario, respecto a la actividad reglamentaria, el juez se convierte en «señor», con obligación de controlarla, según dispone el artículo 106 CE. Por tanto, de cara a una correcta aplicación del precepto penal que nos ocupa, se puede y se debe pasar por alto la restrictiva interpretación realizada por el poder ejecutivo al margen de sus atribuciones.

Y lo cierto es que existen argumentos bastantes para efectuar una interpretación más generosa de la normativa legal sobre el período de solicitud de la declaración de objeción. En efecto, carecería de sentido que el ejercicio de un derecho fundamental dependiera de los días que faltan para que el sujeto titular del mismo se incorpore al cumplimiento del SM. Seguramente por ello, la STC 23/1985 de 13 de mayo y los AATC 108/1981 de 29 de octubre y 100/1982 de 24 de febrero entendieron que compeler a quien se declara objetor a realizar el SM implica lesionar de forma irreversible su derecho fundamental. En consecuencia, puesto que el art. 2-2 de la Ley 48/1984 no impide de forma taxativa que las solicitudes presentadas «hasta el momento en que se produzca la incorporación al servicio militar en filas» (art. 1.3 de la misma Ley), adquieran plena eficacia en orden a la exención del mismo, y teniendo en cuenta el rango del derecho invocado, bien podría concluirse que la presentación de la solicitud ante el CNOG hasta el mismo momento en que el sujeto pase a formar parte de las Fuerzas Armadas, serviría para excluir la consideración de su negativa a cumplir el SM como conducta típica del art. 135 bis i) CP, pues debería apreciarse la concurrencia de una «causa legal» y, por tanto, la ausencia de un requisito exigido por el legislador para la calificación como delictivo de dicho comportamiento.

C) Problemas particulares relativos a la insumisión propia

1. *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho*

Los procesos contra insumisos desarrollados en nuestro país hasta ahora, han tenido como denominador común una línea de defensa que podríamos denominar «política», si por ello se entiende que los acusados no pretenden lograr evadir el ingreso en prisión, sino denunciar la legislación vigente, invocando eximentes tan «extrañas» a todo este asunto como la legítima defensa o el cumplimiento de un deber (38).

(38) Deben mencionarse aquí —entre otras— las Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete 37, 38 y 39, de 1 de febrero de 1991; las del Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma capital 30, 31 y 32, de igual fecha; la del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo 83/1991, de 22 de marzo, y la del Juzgado de lo Penal de Salamanca 104/91, de 6 de marzo (revocada por la Audiencia de la misma capital en Sentencia 68/1991, de 24 de junio).

Ahora bien, huyendo de cualquier planteamiento formalista, los propios Magistrados reconducen los alegatos de las defensas hacia el terreno que le es propio, entendiendo que lo que en realidad «quieren» invocar los acusados es la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, suelen fallar negando tal posibilidad, afirmando en la mayoría de los casos que el individuo ha ejercido su derecho para ser reconocido objetor, pero que a partir de ese momento contrae la obligación de cumplir la PSS: «no ofrece la actual legislación un derecho a cumplir o no la prestación, sino un deber», afirma la Magistrada de Toledo (F.J. 3). Las razones de conciencia «ya le han sido reconocidas por su condición de objetor que le legitiman a ser declarado exento del deber general y a ser sometido en su caso a una PSS, entendiéndola como una obligación prevista en la Constitución (art. 30.1) y regulada por una ley que ha sido declarada constitucional», afirma la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete en las tres sentencias de 1 de febrero de 1991.

Distinto por completo es el planteamiento del Magistrado de lo Penal de Salamanca, en su sentencia de 6 de marzo de 1991, al reconducir el debate jurídico al terreno del error de prohibición. Arranca su argumentación afirmando que «la libertad ideológica o de conciencia alegada, por sí, es insuficiente conforme explicita el Tribunal Constitucional para obtener la condición de objetor, cuanto más para rechazar la prestación social sustitutoria» (F.J. 9). Confirmando, más adelante, que «el criterio ponderativo de intereses contenido en las Sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161/87 impiden dar relevancia de causa de justificación al ejercicio de la libertad ideológica realizado por el inculpado» (F.J. 12).

Pero en seguida la Sentencia se introduce por los vericuetos del error sobre los presupuestos de la causa de justificación, caminando, pues, por un terreno sumamente difícil y, creo, sin acierto. Se apoya el Magistrado en la opinión vertida por Muñoz Conde en un reciente estudio sobre el error, pero trastocando, creo, el sentido de sus afirmaciones. En efecto, afirma dicho autor —refiriéndose a los estrechos límites que se han estipulado en nuestra legislación punitiva en relación con el aborto despenalizado— que «puede plantearse, y no sólo como creencia errónea, sino como creencia fundada jurídicamente, la existencia de preceptos fundamentales de tipo constitucional o de principios generales de las causas de justificación por encima de una determinada regulación legal» (39). Evidentemente, lo que Muñoz Conde quiere decir es que los preceptos constitucionales pueden ser aplicados directamente y que suponen un recorte al ámbito de prohibición de determinadas normas penales, pero no alude —en estas líneas de su trabajo— a supues-

(39) MUÑOZ CONDE, «Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias», en *La LEY*, 6 de febrero de 1991, p. 10.

tos de error, sino de «algo mejor» que el error, pues la conducta aparece objetivamente justificada.

Sorprendentemente, ese mismo párrafo sirve al Magistrado de lo Penal de Salamanca para apoyar su tesis de que al afirmar el procesado que actúa en ejercicio de la libertad de conciencia, su conducta «se encuentra de pleno en un supuesto de extralimitación de las causas de justificación o creencia de obrar lícitamente; de obvia naturaleza vencible» (F.J. 12). Resulta inhabitual que la simple alegación de la supuesta justificación sirva directamente para aplicar el párrafo 3 del art. 6 bis a) CP; desde luego es manifiestamente contrario a la doctrina del T. Supremo (40). Pero sorprende mucho más en este caso, porque precisamente el ejercicio del derecho invocado es requisito imprescindible para convertirse en sujeto activo del delito, siendo obviamente atípica la negativa a cumplir la PSS por parte del no objeto. Si el derecho se ejerció ya legítimamente, no se entiende muy bien cómo puede volver a ejercerse frente a las consecuencias legales que aquel ejercicio comporta.

No estamos, pues, ante un supuesto genuino de error, sino frente a la creencia de que la normativa que regula el cumplimiento de la PSS es inconstitucional, cosa bien distinta. Porque la PSS sólo fue exigida tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia, aparte de ser vinculante para los tribunales ordinarios, era bien conocida en el área cultural en que se movía el procesado, que presentó su solicitud ante el Consejo utilizando el «impreso 'ad hoc'» redactado por el Movimiento de Objeción de Conciencia.

En consecuencia, parece bastante lógica la postura de la Audiencia Provincial de Salamanca, que en Sentencia 68/1991 de 24 de junio, ha revocado la decisión del órgano judicial inferior. En su Fundamento Jurídico 5 afirma el Tribunal: «el agente, con plenitud de conocimientos, se opone, motivada y frontalmente, a la realización de la norma, comprendiendo perfectamente y arrastrando libremente las consecuencias que su voluntario actuar puede acarrearle, en atención —según asevera— a no respetar la Constitución Española, cambiando así por pasiva la obligación de cumplimiento de la ley que a todos nos incumbe, aun cuando nos hallemos en desacuerdo con ella, en tanto, por el poder legislativo, no se derogue o modifique».

En conclusión, la estrategia de invocar el ejercicio de la libertad de conciencia puede ser viable, pero no para conseguir una disminución de la pena por aplicación del art. 6 bis a) 3 CP, sino para posibilitar, en última instancia, una declaración del Tribunal Constitucional distinta a la de 1987, mediante la presentación de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad (art. 5 LOPJ).

(40) STS 26 de mayo de 1987: «si bien es difícil determinar la existencia o no de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, no puede bastar, sin embargo, su mera alegación» (STS 3 de enero de 1985).

2. *La eximente de estado de necesidad. Análisis de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, de fecha 3 de febrero de 1992*

La enorme controversia jurídica —y política— creada por la Sentencia que recientemente ha absuelto a un insumiso aplicando la figura del estado de necesidad por apreciar un conflicto entre el imperativo legal y el imperativo de conciencia del propio sujeto exige, a mi juicio, un ponderado análisis de la misma, escapando —en cualquier caso— de comparaciones forzadas.

Desde luego no ha sido ésta la primera ocasión en que los tribunales de nuestro país deben enfrentarse a un caso cuya solución depende del valor que se otorgue a los imperativos de conciencia frente a los imperativos legales; es decir, de cómo se solventa ese estado de necesidad nacido del conflicto de dos deberes: el de conciencia y el legal. Sin ir más lejos, en la controvertida cuestión de la actuación médica que lesiona la libertad de decisión (o libertad ideológica y de creencias) del testigo de Jehová al negarse éste a recibir una transfusión de sangre, los Autos del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983 niegan el predominio de los motivos de conciencia sobre el deber del médico de preservar un bien jurídico en primera entidad como la vida misma del paciente (41). Algo parecido (aunque con una argumentación más compleja y muy discutible) ha venido a decir el Tribunal Constitucional en sus Sentencias sobre la huelga de hambre en el ámbito carcelario (SSTC 120/1990 y 137/1990 de 27 de junio y 19 de julio, respectivamente; SSTC 11/1991 y 67/1991 de 17 de enero y 22 de marzo, respectivamente): la inobservancia de los deseos del huelguista —que podrá comportar un delito de coacciones— se halla plenamente justificada por el valor preponderante de la vida.

Ahora bien, no puede olvidarse que tanto una como otra solución han recibido severas críticas por parte de la doctrina (42), existiendo

(41) Sobre este problema, véase BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 491 y ss.; EL MISMO, «Agresión médica y consentimiento del paciente», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, pp 127 y ss.

(42) Los Magistrados Rodríguez Piñero y Leguina Villa formulan votos particulares; el Fundamento Jurídico 4 del primero de ellos señala con claridad que la prolongación en el tratamiento contra la voluntad del huelguista puede llegar a considerarse «una situación degradante y contraria a la dignidad humana». Por su parte, en el voto discrepante del Magistrado Leguina Villa puede leerse que «el deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos». En la doctrina, LUZÓN PEÑA llegaba a resultados parecidos a los de las Sentencias del Tribunal Constitucional aunque por distinto camino, separando por completo los casos en que el sujeto quiere morir sin haber causado él mismo el riesgo, de otros casos (como el de la huelga de hambre) en que la

discrepancias incluso en el seno del Alto Tribunal, lo que obliga a pensar que la solución contraria distaría mucho de poder calificarse como descabellada. El centro de la cuestión radica en el significado y alcance que se otorgue a la dignidad humana, que la Constitución coloca como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE).

La Sentencia que nos ocupa comienza afirmando (en la línea de lo sostenido en este trabajo) que siendo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos uno de los que informan el Derecho penal español, debe tenerse en cuenta que «determinadas actividades a objetos de conciencia no se corresponden, ni siquiera indirectamente, con la defensa nacional en su dimensión civil, que en una primera aproximación pudiera estimarse como el bien jurídico protegido». Dicho lo cual, sin embargo, el Juez no sigue hasta el final esta vía de solución del caso, sino que a continuación asume la configuración de los intereses en juego que efectúa el propio legislador en el Preámbulo de la Ley 48/1984; de tal suerte que el delito de insumisión propia a la PSS se convierte en un «delito contra un deber», esto es, «el deber constitucional hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles».

Frente a este planteamiento cabe hacer algunas observaciones. En primer lugar, la delimitación del bien jurídico protegido deviene obligada desde el momento en que se coloca entre los principios informadores del Derecho punitivo su propia protección; siendo así, el alcance de ésta se convierte en una variable dependiente por entero de la propia delimitación de ese interés protegido. Por ello, no parece adecuado iniciar el análisis del caso introduciendo en su solución la polémica doctrinal acerca de cuál sea el bien jurídico protegido por el legislador de 1984: habrá que decidirse por alguno o concluir que la conducta es inofensiva. En segundo lugar, tampoco parece que las alternativas que se presentan lo sean realmente; en efecto, la protección penal del cumplimiento de la PSS tiene su fundamento en un deber constitucional, el de defender a España, del mismo modo que el delito fiscal lesiona el deber de contribuir al Erario público. Pero dichos deberes se materializan y adquieren concreción para servir de objeto de protección jurídico-penal. En el caso del incumplimiento de la PSS —como he defendido más arriba— esa tutela radica en la defensa civil, como faceta de la defensa nacional.

conducta del sujeto es precisamente la que origina ese riesgo para la propia vida [Cfr. «Estados de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», en *LA LEY*, 1988-1, pp. 992 y ss.]. Por el contrario, Díez RIPOLLÉS entiende que la situación se plantea como un conflicto de deberes que debería resolverse en favor de la autodeterminación, dignidad y libertad en general (Cfr. «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 602 y ss.).

Ahora bien, el planteamiento que la Sentencia realiza sobre el interés protegido por la norma penal contiene una tercera consideración que va a ser decisiva de cara a la solución del caso y que resulta más que discutible; dice así: «Si se estima que lo es [s.c. el bien jurídico protegido] la prestación social en sí misma, esto es, considerada como una actividad, sucede que su carácter obligatorio se contradice frontalmente con la solidaridad, esencialmente voluntaria, que la fundamenta». Es cierto —como se dijo más arriba— que algún autor sostiene que es la propia PSS el interés protegido por el legislador penal (43); pero resulta muy dudoso que el fundamento de la misma sea la solidaridad, salvo que se dé por buena la declaración del Preámbulo de la Ley 48/1984, donde se describe una PSS que entronca más con el apartado 3 del art. 30 CE («finés de interés general») que con su apartado 2, que es donde se debería apoyar, pues el apartado 3 del citado precepto constitucional le es completamente ajena.

En mi opinión, se podrá haber llegado igualmente al fallo absolutorio siguiendo hasta el final la primera de las alternativas expuestas, es decir, asumiendo que el bien jurídico protegido es la defensa civil del Estado y teniendo muy en cuenta que la prestación exigida consistía en acudir al Hogar de la Tercera Edad de Avila dependiente del IN-SERSO, lo que a todas luces constituye una desviación respecto al deber constitucional que el precepto penal está llamado a proteger, haciendo decaer la necesidad y legitimidad de la pena en ese supuesto concreto.

Al no hacerlo así e inspirarse en la idea de la solidaridad como núcleo central de la conducta delictiva, la argumentación discurre esencialmente por la vía de negar que el insumiso fuera, en este caso, insolidario. En razón de lo cual, el Juzgador se hace eco de la generosidad de su postura, pues prefiere —dice— ingresar en prisión para denunciar la existencia del SM, desechando totalmente la posibilidad de que la comodidad o la desidia hubieren determinado el incumplimiento del deber, ya que —continúa diciendo la Sentencia— ese mismo sujeto cuya conducta se enjuicia ha demostrado su solidaridad mediante la realización constante, voluntaria y gratuita de actividades sociales destinadas a ayudar a los demás [Fundamento Jurídico 2 d)].

En este sentido, cabe decir que si bien la doctrina italiana y la jurisprudencia constitucional de aquel país han fundamentado la obligación del objetor de realizar la PSS en el deber de «solidaridad social» recogido en el art. 2 de la Constitución italiana (44), por el contrario en

(43) MILLÁN GARRIDO, «La objeción de conciencia al servicio militar...», *cit.*, páginas 221-222. EL MISMO, *Régimen penal de la prestación social sustitutoria*, en COBO (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1989, Tomo X, p. 650.

(44) PALAZZO, «Obiezione di coscienza», *cit.*, p. 504; SCC 409/1989, de 18 de julio, F. Jco. 3, en *Giustizia penale*, 1990, I, p. 11.

nuestro país no existe norma jurídica alguna que aluda explícitamente a dicho deber y, en consecuencia, no debería invocarse como «ratio legis» de la incriminación penal de la insumisión. Por mucho que la Ley 48/1984 se refiera al objetor como «colaborador social», ya se vio que su labor únicamente puede ir legítimamente encaminada a tareas relacionadas con la defensa civil del Estado, y no a otras como las que —por cierto— se exigieron al objetor cuya conducta enjuicia la Sentencia que nos ocupa.

Con todo ello, la verdad es que se debilita bastante el punto de apoyo del Juzgador para enunciar después una discutible versión de la causa de justificación del art. 8.7, el estado de necesidad. En efecto, tras una serie de consideraciones sobre la desobediencia civil y su justificación (explicando que el acusado no pretende sustraerse a la acción de la justicia y que reconoce la legitimidad del tribunal que le juzga), la Sentencia se adentra en los motivos de conciencia como valor jurídicamente protegible frente al mandato legal de cumplimiento de la PSS, tomando como clave de bóveda de su razonamiento la idea constitucional de la dignidad de la persona, lo cual sería plausible si el problema se centrara (como en los casos de la transfusión de sangre a los Testigos de Jehová o de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario) en los límites a la facultad de disposición del ciudadano sobre bienes jurídicos considerados personales y, además, disponibles, como la salud o —según cierta doctrina— incluso la vida.

Sin embargo, la cuestión a la que ahora nos enfrentamos es radicalmente distinta, desde el momento en que el bien jurídico objeto de tutela penal es de índole comunitaria y, además, indisponible, pues se trata de la defensa del Estado. Y si, por otro lado, tenemos en cuenta que el conflicto ideológico al que se enfrenta el objetor ha sido resuelto ya legislativamente reconociéndose su condición y asignándole una tarea distinta al SM, creo que no es posible construir un estado de necesidad sobre la base de la disparidad entre la normativa vigente y las ideas del objetor, que no pretende sólo sustraerse a la PSS, sino —con ello—, como reconoce la Sentencia, criticar el mantenimiento del SM, lo cual escapa completamente a las facultades del individuo en particular, siendo la comunidad —a través de sus representantes— la única legitimada para «disponer» sobre la obligatoriedad o no del citado servicio.

El hecho de que la Constitución vigente haya asumido el compromiso —frente a la etapa autoritaria anterior— de situar a la persona en su justa dimensión, como objeto de derechos fundamentales (pero también de deberes) no puede significar, como afirma la Sentencia, la absoluta primacía de lo personal sobre lo estatal (F.J. 4), ni que el imperativo de conciencia pueda anular en todo caso el imperativo legal (F.J. 3), ya que ello representaría un ataque directo contra la misma línea de flotación del Estado democrático, cuya soberanía reside en el pueblo español

(art. 2 CE) y cuyas leyes emanan del poder legislativo, elegido libremente por aquél.

Desde la perspectiva propia del estado de necesidad, debe tenerse en cuenta, por lo demás —como afirma Luzón Peña (45)—, que «a diferencia de otras causas de justificación en que el bien jurídico afectado ha dejado de ser digno de protección en concreto, en el estado de necesidad se lesiona un bien o —en el caso de la infracción de un deber— un interés digno de toda protección y que, sin embargo, el Derecho transige con tal lesión, y que el fundamento de la admisión de tal acción está relacionado con la necesidad para el ordenamiento jurídico de proteger y salvaguardar intereses y bienes jurídicos y de solucionar conflictos y con las ideas de la ponderación de intereses, inexigibilidad general y tolerancia del máximo de libertad ante acciones al menos indiferentes, *el Derecho sólo puede permitir y justificar la acción que causa un mal jurídico si es imprescindible para impedir la producción también de un mal jurídico*», lo que no sucede en el caso que nos ocupa, pues el cumplimiento de la PSS no puede representar un mal jurídico desde el momento en que se reconoce constitucionalmente para aquellos que ejercen su derecho fundamental a la objeción de conciencia.

En conclusión, no cabe aplicar aquí la causa de justificación de estado de necesidad, sencillamente porque no existe una situación de necesidad tal y como la requiere el legislador penal.

3. *La remisión condicional de la condena*

Como se sabe, hasta hace pocos meses el legislador penal español castigaba de forma muy distinta la insumisión al SM y la insumisión a la PSS, en claro perjuicio para esta última. Pues bien, cuando dicha legislación discriminatoria para los objetores de conciencia se veía sometida a severa crítica, solía aducirse que la elevada pena prevista para la insumisión propia a la PSS impedía en todo caso la aplicación al reo del instituto de la remisión condicional de la condena previsto en los arts. 92 y ss. del Código Penal, ya que dicha pena superaba con mucho el límite establecido por el art. 93 CP, de un año de privación de libertad. Por el contrario, la sanción con que se conminaba la insumisión propia al SM en el art. 127 CPM (de uno a seis años de prisión), sí lo permitía.

De este argumento se sirvió, expresamente, la Magistrada de lo Penal de Toledo, en su Sentencia 83/91 de 22 de marzo, al solicitar para

(45) Cfr. LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad...», *cit.*, p. 998.

el insumiso condenado un indulto parcial tras imponerle la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor.

Aunque el tema no ha suscitado el interés de quienes últimamente se han ocupado del problema de la insumisión, reviste suma importancia, sobre todo para quien se encuentra en el banquillo a la espera de la decisión judicial.

Según una primera postura, defendida por Millán Garrido (46), tal posibilidad viene vedada por el propio legislador al exigir a los culpables de los mismos el *cumplimiento* de la condena impuesta; como se sabe, la Ley 29/1973 introdujo este régimen jurídico para soslayar el fenómeno de las «condenas en cadena» hasta el pase a la reserva del objeto. Esa misma filosofía es la que inspira la redacción actual del art. 135 bis i) CP y del art. 2.3 de la L.O. 8/1984, condicionando la ley en ambos casos la exención del cumplimiento del servicio rehusado al efectivo cumplimiento de la condena impuesta. Siendo así, resultaría paradójico y contrario a una interpretación gramatical y teológica de esos preceptos y de los artículos del Código Penal que permiten la remisión de la condena (arts. 92 y ss.) que pudiera considerarse cumplida la misma cuando en realidad no se ha cumplido, sino que su ejecución ha sido suspendida. Estaríamos, pues, ante un supuesto excluido de la aplicación de la remisión condicional por la «naturaleza jurídica del hecho punible» (art. 93, párrafo 2 CP).

Ahora bien, con ser razonable dicho análisis del problema, entiendo, sin embargo, que es posible una interpretación distinta basada, sobre todo, en las finalidades preventivo-especiales en que se inspira el instituto de la remisión condicional. En efecto, es opinión unánime en la doctrina (47) y en la jurisprudencia (48) que la misma se endereza a la reintegración social del culpable, evitando en lo posible el ingreso en prisión de los delincuentes primarios. Se trata, además, de una institución jurídica ubicada en la Parte General del Código Penal y por ello —según reiterada jurisprudencia (49)— de aplicación también a leyes especiales en cuanto no se oponga al tenor de las mismas. Por lo demás, un argumento de índole sistemática coadyuva a esta interpretación: el art. 94 CP exige la aplicación de la remisión condicional cuando concurren determinadas condiciones (así, «cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código» [art. 94.1 CP]), sin que quepa aquí la discrecionalidad judicial. En consecuencia, si al autor de un delito de insumisión se le

(46) MILLÁN, «La objeción de conciencia al servicio militar, la prestación social sustitutoria y su régimen», en *Actualidad penal*, núm. 15, 1991, p. 229.

(47) Cfr. MAPELLI-TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1990, p. 72.

(48) STS 17-11-1969, R.A. 5438.

(49) STS 6-7-1983, R.A. 4103.

aplica una exigente incompleta, y ello obliga a imponer la pena por debajo del año de prisión, necesariamente habrá de concedérsele la remisión condicional, luego al menos en ciertos casos no puede interpretarse la exigencia de cumplimiento de la condena prevista en los delitos de insumisión propia como un impedimento absoluto a la concesión de la remisión condicional. Así lo corrobora la Instrucción del Fiscal General del Estado de 29 de abril de 1992, pues exhorta a los fiscales a solicitar penas de dos años, cuatro meses y un día, precisamente para impedir la concesión de la remisión condicional. En conclusión, pues, esta institución sí es aplicable al insumiso.

Cuestión distinta es que, de *lege ferenda*, se abran otras posibilidades al condenado, permitiéndole —como hace el legislador italiano— el cumplimiento de una prestación que no sea —precisamente— el SM armado. En efecto, los apartados 4 y 5 del art. 8 de la Ley italiana de 15 de diciembre de 1972 (n. 772, modificada por Ley 695/1974, de 24 de diciembre) permiten al acusado o condenado por negativa a cumplir la PSS o el SM la solicitud de su admisión para prestar alguna de las modalidades de PSS previstas en aquel país: SM no armado o servicio civil (50). Tal propuesta no puede considerarse en absoluto descabellada si tenemos en cuenta que la Ley de Objeción incluía ya, como Disposición Transitoria, la posibilidad de que los objetores condenados en ese momento por negativa a cumplir el SM formularan solicitudes para acogerse a lo previsto en la citada Ley; esto es, preveía una conmutación de la pena mediante el cumplimiento de la PSS.

V. LA INSUMISION IMPROPIA: FALTA DE INCORPORACION AL SERVICIO. REGIMEN SANCIONADOR PENAL Y ADMINISTRATIVO

El legislador penal español no castiga sólo a quien se niega de forma fehaciente a realizar la prestación que se le exige en cumplimiento del deber constitucional de defender a España (art. 30.1 CE), sino que también conmina a aquellos que, tras ser emplazados para cumplirla, no se presentan en el lugar y tiempo señalados en el requerimiento correspondiente. Así lo hace en el nuevo art. 135 bis h) CP y en el apartado 2. del art. 2 de la L.O. 8/1984 en relación con el SM y la PSS, respectivamente; la pena es idéntica en ambos casos: arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado mínimo.

Desde la perspectiva del principio de intervención mínima y en atención al grado de lesividad de estas conductas, parece exagerada

(50) Incluso se le permite volver a incorporarse al SM armado —art. 8.5—. Vid. PALAZZO, «Obiezione di coscienza», *cit.*, p. 557, y GARINO *op. cit.*, pp. 356 y ss.

su tipificación en la legislación punitiva. En efecto, el mero retraso en la presentación carece de la gravedad requerida por aquel principio, salvo, claro está, que se trate de un retraso contumaz, en cuyo caso estaremos más bien —otra vez— ante una insumisión propia. La falta de atención del legislador ante estas consideraciones no sólo merece una severa crítica desde un punto de vista valorativo, sino que provoca —de hecho— importantes incongruencias normativas, sobre todo en lo que se refiere a la falta de incorporación a la PSS, cuyo régimen jurídico se ve sometido —en este aspecto concreto— a un «cruce normativo» donde entran en juego diversas disposiciones y con escaso acierto.

A) Falta de incorporación a la PSS

El art. 2.2 de la L.O. 8/1984, que castiga la falta de presentación en el lugar y tiempo oportuno para comenzar a realizar la PSS, prescinde de establecer un plazo determinado a partir del cual la conducta se considere penalmente relevante, deduciéndose de ello que el delito se consuma aunque el retraso sea de sólo 24 horas.

Quizá por la exagerada desvaloración de ese comportamiento, se ha intentado un acotamiento de la «zona penal» —lo cual parece plausible—, pero por una vía absolutamente inadecuada, cual es la tipificación en el Reglamento de la PSS de la falta de incorporación que no sobrepase los tres días de duración como mera falta leve (art. 30.1), «aclarando» en seguida que transcurrido ese plazo «se considerará que el objetor ha dejado de presentarse en el tiempo señalado, estándose a lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2, de la Ley Orgánica 8/1984 de 26 de diciembre». Desde la óptica del principio de jerarquía normativa, la ordenación que se presenta debe rechazarse: un simple reglamento no puede acotar el campo de aplicación de toda una ley orgánica; carece de vigor para ello.

En lo que respecta al propio sistema sancionador administrativo elaborado para castigar al objetor que se presenta «a destiempo» a cumplir su prestación, deben realizarse aquí algunas consideraciones. Su cobertura legal se halla en la Ley 48/1984, donde se prevé la existencia de dos clases de infracciones: graves y leves. Las primeras aparecen expresamente tipificadas en el art. 17.2, prescindiéndose, en cambio, de señalar concretamente cuáles son las infracciones leves. En lugar de ello, se establecen una serie de criterios que deben guiar al ejecutivo cuando prevea, mediante reglamento, las infracciones correspondientes; por el contrario, las sanciones aplicables sí son previstas por el legislador.

Pues bien, en lo que se refiere a la tipificación de las infracciones, parece claro que el «bloque» constituido por la Ley y el propio Reglamento satisfacen las exigencias del principio de legalidad sancionador según la doctrina del Tribunal Constitucional, que ya en la Sentencia 42/1987 de 7 de abril precisó que «el alcance de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto... por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias» (F.J. 2). Advirtiendo la STC 219/1989 de 21 de diciembre que la dimensión formal del principio de legalidad (reserva de ley) «pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución» (F.J. 2) (51). Dado que nos encontramos precisamente ante un ámbito de actuación de la Administración que es comúnmente calificado como de supremacía especial (semejante a la existente en relación con el SM), el grado de autonomía del reglamento con respecto a la ley es mayor que en relaciones de supremacía general (52).

Ahora bien, aunque no quepa detenerse aquí en el análisis del grado de correspondencia entre los criterios fijados por el art. 17.3 de la Ley 48/1984 y el catálogo de infracciones leves tipificadas en el art. 48 del Reglamento de la PSS, parece claro que el ejecutivo ha pretendido en él equiparar el régimen sancionador del objeto al que es propio del SM, lo que no creo que se corresponda con la habilitación legal mencionada, si bien ello no afecta —desde luego— al supuesto que aquí nos interesa (la falta de incorporación a la PSS en el lugar y tiempo señalado), ya que el mismo supone, sin duda, una «perturbación del servicio» (art. 17.3 Ley 48/1984).

Algo similar sucede en el área de las sanciones, ya que el art. 18.1 c) de la Ley contempla, para las infracciones leves, únicamente la de «suspensión de permisos y licencias», sin que en la Ley se establezca con claridad cuál es el contenido de ambos, ni tampoco en el propio Reglamento, de cuyo art. 46.2 f) se desprende, sin embargo, que los citados permisos son extraordinarios, debiendo justificarse el motivo de su solicitud, por lo que parece que se trata de permisos similares a los que se conceden durante el cumplimiento del SM y que no comportan una privación de libertad, sino sencillamente la obligación de seguir el

(51) Sobre este problema, vid. GARBERI, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 77 y ss.

(52) En G. ENTERRÍA-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 5 ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 227.

régimen general de cumplimiento. Pues bien, el art. 49 del Reglamento de la PSS, desviándose —a mi juicio— de la habilitación prevista en el art. 18.1 c) de la Ley 48/1984, amplía el campo de las sanciones a la «supresión de salida durante ocho días», lo que comporta materialmente una privación de libertad que carece de la cobertura legal oportuna, lesionándose un derecho fundamental. No creo que la «relajación» del vigor del principio de legalidad en el campo de las relaciones de sujeción especial llegue a permitir semejante desviación de poder por parte de la Administración.

Pero, sea así o de otro modo, lo que resulta innegable es que toda limitación del ámbito de aplicación de un tipo penal que provenga de una disposición de carácter reglamentario carece de cualquier virtualidad frente al principio de reserva de ley, que en el ámbito estrictamente punitivo predomina absolutamente, configurando lo que se ha dado en llamar «monopolio de criminalización» (53); monopolio que es atacado frontalmente cuando el poder ejecutivo invade la materia penal, salvo en supuestos de remisión expresa de la propia ley, lo que no sucede —por cierto— en el caso que nos ocupa. De tal suerte que los jueces y tribunales no pueden verse sometidos, en modo alguno, a la limitación de la esfera de prohibición marcada por el art. 30.1 del Reglamento de la PSS.

B) Falta de incorporación al servicio militar

En lo que se refiere a la falta de incorporación al SM, tipificada como delito común en el art. 135 bis h) CP, no se presentan colisiones normativas tan evidentes como en el caso anterior. El art. 3 de la nueva LSM establece que «los españoles que se incorporan a las Fuerzas Armadas para cumplir el servicio militar adquieren durante su prestación la condición militar y reciben la denominación de militares de reemplazo». Con ello, el legislador español crea una nueva figura de militar, siendo requisito imprescindible para que un sujeto sea calificado como «militar de reemplazo» su efectiva incorporación a las Fuerzas Armadas. Por otro lado, el art. 3 de la L.O. 12/1985 de 27 de noviembre, reguladora del régimen disciplinario castrense, delimita el ámbito de aplicación de dicha normativa, señalando que «a los militares de reemplazo les será de aplicación durante la prestación del servicio militar», lo que resulta coherente con el art. 3 de la L.O. 13/1991 y circunscribe a sus justos límites la potestad sancionadora de la administración militar. Pero al propio tiempo provoca que al sujeto que no esté cumpliendo el SM y que falte a la incorporación de-

(53) La afortunada expresión está tomada de MANTOVANI, *Diritto penale*, 2.^a edición 1988, p. 81.

bida, no le sea aplicable en absoluto ningún precepto, ya sea de carácter penal o administrativo sancionador, que vaya dirigido a los «militares de reemplazo».

Teniendo en cuenta todo ello, no carece en absoluto de sentido afirmar que el art. 119 bis del Código Penal Militar (introducido por la L.O. 13/1991), que castiga con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión al «militar de reemplazo que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de quince días o no se presentare, pudiendo hacerlo transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación», únicamente podrá aplicarse a quienes ya se incorporaron en su día a cumplir el SM y, después, v. gr., cuando disfrutaran de un permiso, teniendo la obligación de volver al cuartel, no se incorporan cuando es debido. Pero no podrá aplicarse a quienes todavía no forman parte de las Fuerzas Armadas porque nunca se incorporaron.

En consecuencia, la falta de incorporación al SM que no constituya una negativa total a su realización, deberá castigarse siempre de acuerdo con el art. 135 bis h) CP, lo que resulta a todas luces excesivo desde el prisma del principio de intervención mínima. Sería un acierto, desde luego, introducir las modificaciones oportunas en la legislación vigente, para que las modalidades menos graves (v. gr., ausencia hasta quince días, de acuerdo con el art. 119 bis CPM y el art. 9.23 de la citada L.O.) recibieran una sanción de naturaleza meramente administrativa, incurriéndose en responsabilidad penal únicamente cuando la falta de incorporación presentase caracteres de mayor gravedad.

VI. INSUMISION SOBREVENIDA

Las profundas convicciones que pueden llevar a adoptar posturas de insumisión pueden aparecer con anterioridad a la incorporación del sujeto al SM o a la PSS —como se ha visto—, pero también pueden nacer en la conciencia del sujeto una vez que éste ha comenzado a realizar cualquiera de las dos prestaciones, surgiendo entonces lo que podríamos denominar «insumisión sobrevenida».

En este campo, sin embargo, el incumplimiento de cada una de las prestaciones adquiere tintes muy diferentes. Por un lado, quien se niega a seguir realizando el SM adopta dicha postura porque su conciencia (que no es algo estático) ha evolucionado en ese sentido y, aunque en un principio no le planteara ningún conflicto la realización del SM, con posterioridad sí se plantea dicho conflicto.

Por otro lado, la insumisión sobrevenida a la PSS tiene su origen natural en el cuestionamiento por parte de quien ya ha visto reconocida su condición de objetor de la duración que el legislador español ha

asignado a la PSS, muy superior a la del SM. En efecto, el art. 24.1 de la L.O. 13/1991 ha fijado para éste una duración de nueve meses, mientras que la Disposición Adicional Decimotercera de la misma L.O. asigna a la PSS un período de cumplimiento entre trece y dieciocho meses, a determinar por el Gobierno mediante reglamento; en ejecución de esta delegación, el Real Decreto de 22 de mayo de 1992 ha elegido el mínimo, es decir, trece meses. Así pues, pese a la paralela disminución que recientemente se ha producido en la duración de ambas prestaciones, se mantiene en pie la discriminación contra el objetor, discriminación que se sitúa en torno al 50%, lo que no es poco. En la forma de insumisión que ahora nos ocupa, el objetor intenta neutralizar ese tratamiento abandonando pura y simplemente la tarea que le fue asignada cuando cubre un período de cumplimiento similar al establecido para el SM.

En otro orden de cosas, la promulgación de la L.O. 13/1991 viene a confirmar que la naturaleza militar de la conducta delictiva depende esencialmente de la pertenencia del sujeto activo a las Fuerzas Armadas. Por ello, la única modalidad de insumisión que permanece ubicada en el Código Penal Militar es, precisamente, la insumisión sobrevenida al SM, pues solamente en este caso el autor de la infracción tiene la condición de militar. Por el contrario, esa misma conducta, pero referida a la PSS, aparece sancionada en una ley especial (la tantas veces citada L.O. 8/1984).

A) Insumisión sobrevenida al servicio militar. El delito de deserción en la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre

Hasta la entrada en vigor de la L.O. 13/1991 la tipología de infracciones dedicadas a sancionar los casos en que el individuo que se encontraba prestando el SM decide, en un momento determinado, abandonar el mismo de forma definitiva se reducía a una sola figura, ya clásica: la deserción, tipificada en el art. 120 del CPM de 1985 con el siguiente tenor: «Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días...». No era éste, sin embargo, el sentido que se quiso dar a la deserción al inicio de la tramitación parlamentaria; en efecto, recogiendo sugerencias del Anteproyecto de Código Penal Militar elaborado entre los años 1980 a 1982 por la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, y, en particular, de Millán Garrido, el texto que se presentó al Parlamento pretendía deslindar el delito de ausencia injustificada del propio de-

lito de deserción, cuya espina dorsal vendría constituida por el ánimo del autor de sustraerse permanentemente de sus obligaciones militares, viéndose en ella la figura idónea para castigar los casos de insumisión sobrevenida al SM (54). Sin embargo, una enmienda de última hora del Grupo Parlamentario Socialista del Senado dio al traste con esa distinción, quedando unificadas en un solo precepto ambas figuras.

Cuando en la presente Legislatura, el Gobierno se decide a modificar la normativa del SM, introduce ya en el Proyecto una serie de innovaciones en el Código punitivo castrense que obviamente —como afirma su Exposición de Motivos— tienen por objeto sancionar conductas «que afectan al personal que cumple el servicio militar». Y se aprovecha la ocasión para plasmar en la legislación positiva aquella vieja distinción entre el delito de ausencia injustificada y el de deserción (artículos 119 bis y 120 CPM, respectivamente), introduciendo en este último de forma expresa —como requisito típico— el «ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares». Por otra parte, en el curso de la tramitación parlamentaria se dio vida a una nueva modalidad del delito de desobediencia previsto en el art. 102 CPM, añadiendo un apartado 3, cuya especialidad consiste en «rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares» (55). No por casualidad, las penas de prisión con que se sanciona este último delito y el de deserción son idénticas: de dos años y cuatro meses a seis años.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que no todos los preceptos citados contemplan conductas de insumisión; incluso alguno de ellos —en concreto el art. 102.3 CPM—, pese a las intenciones del legislador, no resulta aplicable a sujetos que cumplen el SM, como veremos en seguida.

En lo referente al delito de abandono injustificado de destino o lugar de residencia, el legislador de 1991 ha querido diferenciar con nitidez los casos en que el sujeto activo es militar profesional (art. 119) de aquellos otros en que la conducta es realizada por un militar de reemplazo —con la nueva denominación de quien se encuentra prestando el SM— (art. 119 bis), exigiendo, respecto de este último, un período de

(54) GARCÍA LABAJO, «Delito de deserción militar», en BLECUA FRAGA-RODRÍGUEZ VILLASANTE (Coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, páginas 1515-1516.

(55) La introducción del nuevo precepto proviene de la Enmienda núm. 177 del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, cuya Motivación fue la siguiente: «Introducir un nuevo tipo penal que contemple la desobediencia reiterada y permanente a las órdenes legítimas de los superiores» [Cfr. BOCG, Senado-II, IV Legislatura, núm. 57 (c) de 21 de noviembre de 1991, pp. 68-69]. El texto del Proyecto de Ley aparece en BOCG, Congreso de los Diputados IV Legislatura, Serie A, núm. 60-4 de 18 de octubre de 1991.

ausencia de quince días, mientras el militar profesional consuma el delito a los tres días. La reforma, sin embargo, adquiere mayor relieve desde el momento en que el propio legislador establece que el nuevo art. 119 bis cumple ahora la misma función que se asignaba con anterioridad al delito de desertión tipificado —hasta el 31 de diciembre de 1991— en el art. 120 CPM. En efecto, la Disposición Transitoria Séptima de la L.O. 13/1991 prevé que «los hechos punibles incluidos en la anterior redacción del artículo 120 del CPM cometidos hasta la entrada en vigor de esta Ley, sean sancionados conforme a lo dispuesto en el artículo 119 bis del CPM o en los arts. 8.9 y 9.23 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas». Se implanta, con ello, un sistema sancionador gradual con respecto a la ausencia injustificada, pues la conducta sólo es delictiva cuando se sobrepasan los quince días (art. 119 bis CPM), permaneciendo la conducta en el ámbito sancionador administrativo cuando no se supera dicho plazo, bien como infracción grave (art. 9.23 de la L.O. 12/1985) o leve (art. 8.9 del mismo cuerpo legal). Pero, en cualquier caso, esta clase de conductas no representan supuestos de insumisión.

En lo que se refiere al apartado 3 del art. 102 CPM, en algunos de sus elementos se observa un evidente paralelismo con figuras penales conminadoras de la insumisión. En efecto, de un lado la pena de prisión asignada coincide —en su gravedad— con la de aquélla; de otro, la inclusión de la expresión «rehusar permanentemente», coincide en su sentido y alcance con la terminología utilizada por el legislador español cuando ha tipificado los delitos de insumisión propia. Ahora bien, un análisis más detenido del precepto obliga a considerar al mismo inaplicable a personas que se hallen ligadas a las Fuerzas Armadas por el solo hecho de hallarse cumpliendo el SM; y ello pese a que el Preámbulo de la Ley asegura que la reforma penal que contiene se dirige en exclusiva «al personal que cumple el servicio militar».

En apoyo de dicha conclusión no cabe argüir, sin embargo, que el legislador haya omitido designar al sujeto activo de este nuevo delito con la expresión «militar de reemplazo»; en efecto, aunque el artículo 102.1 CPM señala al sujeto activo con la calificación genérica de «militar», ello no impediría en absoluto su aplicación a quien lo es únicamente por hallarse cumpliendo el SM, ya que resulta evidente que a los efectos del Código punitivo castrense deben considerarse militares a quienes, a partir de la L.O. 13/1991, se les denomina «militares de reemplazo», ya que si así no fuera, los comportamientos delictivos cometidos durante la realización del SM quedarían fuera del ámbito castrense, lo que parece absurdo; además, allí donde el legislador penal militar ha delimitado al sujeto activo con el término «militar» caben todos los militares, tanto los de carrera, como los de empleo, como —en fin— los de reemplazo. Eso es lo que sucede, justamente, en el ámbito

sancionador administrativo, al afirmar el art. 3.1 de la L.O. 12/1985 de 27 de noviembre (en la nueva redacción dada al precepto por la Disposición Adicional Séptima de la L.O. 13/1991) que su régimen disciplinario es aplicable a los militares de reemplazo «durante la prestación del servicio militar».

La razón que impide aplicar el apartado 3 del art. 102 CPM a los militares de reemplazo es otra bien distinta y, seguramente, mucho más sutil. El citado precepto obliga al juez a castigar al desobediente pertinaz con dos penas de distinta naturaleza: por un lado, una pena de prisión, pero por otro lado —y necesariamente— debe recibir como castigo la pérdida de empleo. Pues bien, resulta que esta última pena sólo es aplicable a los militares profesionales, según dispone taxativamente el art. 30 del CPM que, por estar ubicado en la parte general del Código afecta —sin duda— a todas y cada una de las especies delictivas. Siendo así, y puesto que el juez no puede castigar sólo con la pena privativa de libertad sin transgredir flagrantemente la ley, el militar de reemplazo nunca podrá considerarse sujeto activo del delito. La extrañeza que ello pudiera originar desaparece inmediatamente cuando se averigua que la norma procede de una enmienda presentada en el Senado, la cual, una vez introducida en el texto del Proyecto por la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Defensa, atravesó el trámite parlamentario restante sin que, al parecer, se advirtiera su presencia, pues no aparece mencionada siquiera por parlamentario alguno (56).

Así pues, dejando a un lado los dos tipos penales mencionados, por su inidoneidad para sancionar la insumisión sobrevenida, la única figura punitiva apta para ello es el delito de deserción previsto en el artículo 120 CPM. Su nueva redacción recoge con claridad la línea apuntada por el Anteproyecto de Código Penal Militar de 1984, introduciendo como núcleo esencial de la conducta típica un elemento subjetivo consistente en la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares, presentando así el precepto una fisio-

(56) La enmienda 188 del Grupo Socialista del Senado es asumida en el Informe de la Ponencia (BOCG, Senado, IV Legislatura, Serie II, núm. 57 (d) de 21 de noviembre de 1991, p. 105). Es aprobada por la Comisión de Defensa del Senado sin mencionarla siquiera, por votarse conjuntamente las Disposiciones Adicionales de la Ley (18 votos a favor y 3 en contra) (Cfr. Diario de Sesiones del Senado, IV Legislatura-Comisiones, núm. 116 de 25 de noviembre de 1991). Finalmente, el Pleno, en su Sesión de 4 de diciembre de 1991 (Diario de Sesiones del Senado, IV Legislatura, núm. 90), realiza una votación conjunta de todas las Disposiciones Adicionales, excepto la Octava (donde se halla el precepto en cuestión) resultando aprobadas por 172 votos contra 6, mientras que esta última lo es por 119 votos a favor, 58 en contra y 1 abstención. Sin embargo, esos votos contrarios se refieren sobre todo a la penalidad de los distintos supuestos delictivos incluidos en la Ley y no se alude en ningún momento, por parte de ningún Grupo Parlamentario, al nuevo apartado 3 del art. 102 CPM (Cfr. Diario de Sesiones citado, páginas 4718-4758, y del núm. 89, pp. 4696-4711).

nomía netamente distinta a la puramente objetiva de su anterior redacción.

La insumisión, en este caso, se manifiesta como ejercicio «por libre» del derecho fundamental a la objeción de conciencia al SM, ante la imposibilidad de ver reconocido ese derecho una vez que el individuo se incorpora a filas.

Millán Garrido ha sostenido que la inadaptación a la vida militar que protagoniza el desertor proviene de su propia personalidad «deficientemente desarrollada, de manera que la deserción no es sino una manifestación más de su adaptación social defectuosa en la misma vida civil» (57). Dejando a un lado la discutible fundamentación científica del aserto (el mismo autor reconoce que los estudios sobre el tema se hallan mediatizados por la selección de los sujetos entre pacientes de Hospitales Psiquiátricos), desde luego la deserción cometida por motivos de conciencia merece mayor respeto; tanto al menos como el que se desprende de su reconocimiento como derecho fundamental (o constitucional, que lo mismo da a este respecto). Efectivamente, el objetor-desertor no se adapta a la vida militar porque lo impiden motivos poderosos; pero el problema seguramente es otro muy distinto: la imposibilidad de ejercer el derecho a la objeción de conciencia una vez que el sujeto se incorpora a filas.

La Sentencia 161/1987 de 27 de octubre justificaba esta prohibición por el efecto perturbador que la objeción sobrevenida provoca «para la seguridad de la estructura interna de las Fuerzas Armadas». Ante ello cabe afirmar que la afectación de dicha estructura se da, seguramente, cuando el militar de reemplazo abandona pura y simplemente la unidad en que se hallaba encuadrado (pensemos en una deserción en masa); pero no ocurre lo mismo cuando dicho abandono se halla reglado y sujeto a la solicitud del afectado, pues en tal caso únicamente se obligaría a la administración militar a una remodelación de las unidades. Observando el problema bajo este prisma, parece que el único interés que se pretende preservar es de índole meramente administrativa.

Pero, aparte de ello, lo que el legislador —y el Alto Tribunal— están admitiendo, en el fondo, es la suspensión de un derecho fundamental al margen de la Constitución, lo que debe rechazarse de plano. Tanto la doctrina como algunos Magistrados del propio Tribunal Constitucional han advertido de la gravedad del problema. Cámara Villar afirma que nos hallamos ante una inmisión en el contenido

(57) GARCÍA LABAJO, «Delito de deserción militar», *cit.*, p. 1519. Aunque la opinión es de MILLÁN, al que se cita: *El delito de deserción militar*, Bosch, Barcelona, 1983, páginas 160-162. En esta misma obra aparecen estadísticas sobre la incidencia de la deserción, que en 1979 suponían el 54% de los delitos militares, p. 157.

esencial de un derecho fundamental, lo que resulta inadmisibles (58). Más rotundos todavía se muestran los Magistrados de la Vega y García-Mon, cuando aseveran —en su Voto Particular— que «se está negando, no limitando ni suspendiendo, el derecho mismo que la CE reconoce».

Ante tan enconada polémica cabe preguntarse si resultaría justificada la deserción invocando el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. La respuesta debe ser negativa. Como se sabe, los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales integran lo que la doctrina denomina «Derecho penal constitucional» (59). A veces los tipos penales incriminan conductas que representan ejercicio legítimo de un derecho constitucionalmente reconocido: v. gr., los tipos de injurias de expresión e información. Nos hallamos entonces ante lo que Arroyo denomina «tipos de conflicto interno» (60); conflicto que sólo es posible resolver ponderando adecuadamente los bienes y derechos en juego.

En mi opinión, el delito de deserción del art. 120 CPM es uno de esos tipos, pero con una característica que le diferencia de otros: el derecho fundamental afectado (objeción de conciencia al SM) ha sido desarrollado mediante ley ordinaria y ha recibido un espaldarazo considerable con la STC 161/1987 de 27 de octubre. Y en esa legislación no se permite la objeción sobrevenida. Por ello considero que, pese a la polémica expresada por el órgano de control constitucional, no puede hablarse en este caso de «ejercicio legítimo de un derecho», pues la legitimidad es por ahora patrimonio de esa legislación que prohíbe el ejercicio de la objeción a partir de la incorporación a filas.

B) Insumisión sobrevenida a la PSS

Por lo que se refiere al abandono de la PSS, el art. 2.1 de la L.O. 8/1984 incluye como elemento típico la ausencia de justa causa. No es arriesgado pensar que cuando el legislador introduce este elemento negativo lo hace con la intención de alejar la sanción penal de conductas motivadas por impedimentos de todo tipo que imaginarse pueda, pero

(58) CÁMARA, *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 291.

(59) Vid. por ejemplo, en la doctrina italiana: PALAZZO, *Valori costituzionali...*, cit., pp. 537 y ss.; ARROYO, «Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, páginas 97-110; TIEDEMANN, *Constitución y Derecho penal*, cit., donde el autor explica con claridad las implicaciones del texto fundamental sobre el Derecho material y procesal penal.

(60) ARROYO, «Relaciones entre Constitución y Derecho penal», inédito (consulta por gentileza del autor), p. 8.

seguramente no pensó en su posible aplicación a supuestos en los que el objetor abandonase el cumplimiento de la prestación como manifestación de su postura de insumisión. De cualquier modo, ello no impide que el alcance de esta figura delictiva (en cuanto penalizadora de la insumisión sobrevenida) se vea seriamente determinada por la inclusión de dicho elemento negativo, que se convierte así en una especie de «Caballo de Troya».

En efecto, el alcance de la expresión «sin causa justificada» carece de límites propios que impida, al menos, plantear la posibilidad de aplicarla a los casos más problemáticos, esto es, cuando el objetor cumple fielmente la PSS, pero sólo hasta el momento en que el período de cumplimiento coincide con el exigido para el SM (o sea, nueve meses, en lugar de trece). A partir de ahí, el objetor entiende que ya no está obligado por el deber de cumplir la PSS, colocándose en situación de insumisión frente a una normativa que discrimina claramente a los objetores, exigiéndoles una prestación de mayor duración que a los demás.

Ahora bien, para plantear la cuestión en sus justos parámetros resulta imprescindible dilucidar el problema constitucional que representa esa discriminación; si la misma se ajusta a Derecho, o por el contrario resulta incompatible con el derecho fundamental (o constitucional) a la objeción de conciencia al SM.

El legislador justifica esta disparidad considerando, en primer lugar, que es una garantía exigida por la Constitución para que no se produzca fraude a la ley y, en segundo lugar, que se trata de «necesidad para evitar discriminaciones, pues no puede tratarse por igual situaciones desiguales y discriminatorio sería que la PSS y el servicio militar, cuyos costes personales e incluso físicos son notablemente diferentes, tuviesen la misma duración». Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 160/1987, alega su conocida doctrina según la cual sólo cabe discriminación cuando se traten desigualmente supuestos sustancialmente iguales, lo que no sucede en este caso —dice—, porque su «penosidad» es distinta, «ni tampoco cabe olvidar que la PSS constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas, exención que obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra, que excluye la asimilación matemática, no ciertamente razonable». Sin embargo, varios Magistrados se oponen a este planteamiento y, en concreto, Rodríguez Piñero afirma que la propia Ley prevé para la PSS un régimen análogo al restablecido para el SM, lo que significa «tanto la sujeción especial como la pérdida de libertad de quien se encuentra sometido tanto al servicio militar como a la prestación social sustitutoria, elemento temporal de pérdida de libertad que es el que fundamentalmente ha de tenerse en cuenta».

Con un razonamiento parecido al de este Magistrado, la Corte Constitucional italiana ha considerado recientemente inconstitucional la mayor duración del servicio sustitutorio de los objetores de conciencia respecto al SM. La Sentencia 470/1989, de 31 de julio, entiende que la pluralidad de organismos en que el servicio sustitutorio se presta hace impracticable una comparación precisa de la penosidad del servicio, de organización y de horarios. Por esta razón, afirma la Corte que el único parámetro al que cabe acudir para comparar dicha penosidad es la duración de una y otra prestación; en consecuencia, proclama que «la diferente duración del servicio sustitutorio, por las limitaciones que comporta para el normal desenvolvimiento de la vida civil» implica una sanción para los objetores, contraria al principio de igualdad y al derecho a la libre manifestación de las ideas (arts. 3 y 21 de la Constitución italiana) (61).

Por su parte, el art. 8.3 de la Proposición de Ley presentada por Izquierda Unida el 20 de marzo de 1990 —ya citada— preveía una duración de la PSS no superior a la prevista para el SM (62).

Seguramente, las dudas razonables sobre la legitimidad constitucional de la duración de la PSS no son fundamento bastante para que el insumiso incumpla directamente su obligación, ya que la declaración expresa en contra del Tribunal Constitucional supone un freno inequívoco a esa posibilidad (habría que repetir aquí que la legitimidad se halla, por ahora, en la normativa vigente). Sin embargo, creo que su invocación serviría al menos para permitir al juez el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pues en ese caso el fallo dependería de la validez de la ley, como exige el art. 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VII. LOS DELITOS DE INSUMISION EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992

Las infracciones que nos ocupan se encuentran recogidas en el referido texto dentro del Capítulo III del Título XXI, «De los delitos relativos a la defensa nacional», a excepción de la insumisión sobrevenida al servicio militar, que no aparece por tener su lugar propio en el cuerpo punitivo castrense. Por otra parte, el texto remitido por el Gobierno al Congreso acaba —felizmente— con la fragmentación normativa existente en la actualidad, incluyendo en el Código Penal común tanto la insumisión al servicio militar (siguiendo la pauta marcada por

(61) La Sentencia aparece recogida en *La Giustizia Penale*, 1990, I, pp.1 y ss., bajo supervisión de BERTONI.

(62) El texto se puede consultar en *lug. cit.*, nota 34.

la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre) como a la prestación social, recogida hasta ahora en la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre.

Con ello, el prelegislador asume (quizá sin pretenderlo) la tesis defendida en este trabajo en cuanto a la necesidad de identificar el bien jurídico afectado por las infracciones que tienen por objeto la prestación social en el propio concepto de «Defensa nacional», lo cual indica que tanto el servicio militar como la citada prestación constituyen el cumplimiento del deber prescrito en el apartado 1 del art. 30 CE, sin que quepa trasladar al apartado 2 (o incluso al 3) del mismo precepto el deber constitucional que sirve de base y fundamento a las previsiones penales en este campo. En consecuencia, la interpretación que de las mismas se ofrece en este trabajo, sobre todo en lo relativo a su correspondencia con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ofensividad, queda considerablemente respaldada en el nuevo texto.

Ahora bien, si el Proyecto supone —en este campo sancionador— un intento de acabar con la actual fragmentación normativa, todo lo contrario sucede en lo que se refiere el cumplimiento del postulado de la fragmentariedad de la legislación penal (63). Como se sabe, este último exige que la sanción penal quede reservada a conductas gravemente lesivas de intereses fundamentales para la comunidad, relegando al ámbito sancionador administrativo las que carezcan de tan alta desvaloración social. Pues bien, el Proyecto sigue considerando delictivas las conductas de insumisión impropia, esto es, consistentes en la falta de presentación del ciudadano en el tiempo y lugar señalado para el cumplimiento de la prestación exigida. Como se advertía más arriba, este tipo de comportamientos carecen de la lesividad necesaria, ya que si el citado ciudadano no acude donde y cuando es debido porque «rehusa» el cumplimiento de la prestación, entonces incurrirá en un delito de insumisión propia, castigado con mayor severidad. En este sentido, la pena prevista en el Proyecto para la llamada insumisión impropia, de seis meses a dos años de prisión, parece absolutamente desproporcionada. No debería desaprovecharse la ocasión para alejar estas conductas de la conminación penal, ubicándolas en el ámbito sancionador administrativo, en aras de una mayor racionalidad del sistema punitivo.

Una vez sentado lo anterior, puede ahora discutirse con mayor fundamento si las penas previstas en el Proyecto para los distintos supuestos de insumisión resultan o no adecuadas. El art. 583 sanciona con pena de prisión «superior a dos años y hasta tres años» la insumisión propia tanto al servicio militar como a la prestación social. Ello significa que el Proyecto quiere evitar, desde luego, la aplicación de

(63) Explica la tensión entre «fragmentariedad» y «fragmentación» STOTONI, en «Diritto penale e fattispecie criminosa», Il Mulino, Bolonia, 1991, pp. 23 y ss.

la suspensión de la pena a los autores de estos delitos, ya que el artículo 81-3 establece como requisito ineludible de la misma que la pena no sea grave, y el art. 30-2 a), por su parte, califica como tal la de prisión superior a dos años. Es decir, el Proyecto se sitúa, a este respecto, en la línea de la legislación vigente y de la filosofía que inspiró la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 29 de abril de 1992, tendente a evitar por todos los medios que se aplicase a los insumisos la condena condicional. Pero, como es sabido, la obcecación ejemplarizante del legislador no puede ser nunca un criterio rector de una adecuada política criminal. A ello se opone, aparte de consideraciones de tipo humanitario, la propia racionalidad del sistema punitivo, que suele sufrir de una considerable falta de ecuanimidad. Y esto es precisamente lo que ocurre en el Proyecto: sorprendentemente, las infracciones contra la defensa nacional castigadas con mayor severidad son justamente las relativas a la insumisión propia; ni la revelación, falseamiento o inutilización de información legalmente clasificada, relacionada con la seguridad nacional (art. 575); ni la reproducción —sin la debida autorización— de planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente clasificada (art. 577); ni, en fin, la destrucción o inutilización de documentación legalmente clasificada realizadas por el encargado de su custodia (art. 580), merecen para el redactor del Proyecto penas más graves que la propia insumisión, pues en todos los casos citados el mínimo de pena prevista se sitúa en los seis meses de prisión (64).

Pero, si ello fuera poco, al insumiso se le castiga además con otra pena de carácter grave: la inhabilitación especial para el derecho de acceso a la función pública por tiempo de seis a diez años, siendo éste el único delito del Capítulo III que conlleva dicha sanción como pena principal (arg. art. 50 PCP), cuando lo cierto es que otras conductas incluidas en el mismo pueden generar seguramente mayor desconfianza hacia su autor (v. gr., quien incurra en el supuesto previsto en el artículo 580, ya que teniendo confiada información clasificada la destruye, inutiliza o falsifica, lo que hace pensar en una falta de lealtad motivada por razones espurias, mientras el insumiso pretende ejercer un derecho fundamental, algo bien distinto).

Todo ello indica hasta qué punto se está jugando con el carácter intimidante de la pena y prescindiendo por completo de rigor y la ra-

(64) En las distintas enmiendas presentadas al Proyecto se percibe un claro desajuste del mismo respecto a la opinión de la mayoría de los grupos políticos con representación parlamentaria. Así, tomando como referencia el art. 583 del Proyecto (insumisión propia), las enmiendas núms. 256 (PNV), 545 (EE) y 458 (Azkarraga) proponen la despenalización de la insumisión, mientras todas las enmiendas restantes proponen una sustancial rebaja de las penas previstas.

cionalidad (conforme al único criterio legítimo, esto es, la lesividad del hecho) exigibles al prelegislador de un Estado democrático. La subversión valorativa que se aprecia en esta parte del Proyecto merece aquí un severo reproche. Si se analiza el problema prescindiendo de necesidades políticas coyunturales, podrá convenirse que la insumisión propia no debería castigarse en mayor medida que esas otras conductas que aparecen en el mismo Capítulo III, es decir, con pena de prisión entre seis meses y dos años. Si así fuera, se permitiría al juez jugar con el amplio y bastante acertado abanico de posibilidades que le ofrece el Proyecto para sustituir las penas de prisión no superiores a dos años, bien suspendiendo la ejecución de la pena pero exigiendo el cumplimiento de determinados deberes (art. 83-5), bien acudiendo al arresto de fin de semana (art. 88). Que esto último no sea lo idóneo no significa que no sea mejor que lo actualmente previsto.

La insumisión sobrevenida a la prestación social aparece sancionada en el Proyecto (art. 584-1) con pena de prisión de seis meses a un año, lo cual significa que, respecto a la sanción actualmente prevista (art. 2-1 L.O. 8/1984), se atenúa el máximo (hoy se sitúa en dos años y cuatro meses), mientras se eleva el mínimo (que en la actualidad es de cuatro meses y un día). Cabe señalar, a este respecto, que el Proyecto pierde la línea marcada por la L.O. 13/1991 al incluir en el tipo del artículo 120 CPM un elemento subjetivo que exige de parte del autor la manifestación expresa de su rechazo al cumplimiento de la prestación, lo que en la actualidad le hace acreedor de una sanción similar a la prevista para la insumisión propia. El citado elemento subjetivo añade a la conducta un grado de desvalor del que carece el supuesto contemplado en el art. 584 del Proyecto, ya que la ausencia del puesto de trabajo asignado al objetor por más de tres días puede recibir cabal sanción de carácter administrativo, sin que parezca necesario inmiscuir en el asunto a la jurisdicción penal, la cual debería conocer únicamente los casos en que la citada ausencia fuera manifestación de un deseo expreso del sujeto de rehusar el cumplimiento del período de prestación que aún le reste, según la legislación vigente. En tal caso, la pena prevista en el citado art. 584 del Proyecto podría considerarse adecuada siempre que quedase situada en la mitad inferior de la prevista para la insumisión propia, frente a la cual representa un menor desvalor por cuanto el sujeto sí comenzó a cumplir la prestación.

Finalmente, el Proyecto traslada a este sector el delito de mutilación o inutilización para eximirse del servicio militar (art. 581), asumiendo así lo erróneo de su actual ubicación dentro del Capítulo de las lesiones, pero sin percatarse —quizá— de que al asignarle —aquí también— una pena inferior a la de la insumisión propia (prisión de seis meses a dos años), está enviando a la comunidad un mensaje que recibirá de la misma un contundente rechazo: que el objetor de conciencia verá rebajada su pena si se mutila, en lugar de expresar de forma edu-

cada su rechazo al cumplimiento de una prestación que considera injusta. Si se mantiene el régimen de penas del Proyecto es posible que una figura que representa una reminiscencia histórica y que en modo alguno puede considerarse insumisión, pase a formar parte de la realidad cotidiana del país, lo que no parece deseable. Se impone, pues, al menos, una coordinación del marco penal, ajustándolo al real desvalor social de las conductas y no —como ahora— al puro efecto intimidante de las sanciones.