

# Insumisión y libertad de conciencia

(A propósito de la Sentencia 75/92 del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992)

LUIS PRIETO SANCHIS  
Universidad de Castilla-La Mancha

## SUMARIO:

I. La insumisión como forma de desobediencia civil.

II. La desobediencia civil indirecta y su imposible justificación jurídica.

III. El conflicto entre ley y conciencia.

IV. ¿Existe un bien jurídico protegido por el tipo de insumisión?

V. Justificación penal y cuestión de inconstitucionalidad.

VI. Conclusión. La objeción de conciencia, ¿un derecho general o un derecho imposible?

## I. LA INSUMISIÓN COMO FORMA DE DESOBEDIENCIA CIVIL

La objeción de conciencia al servicio militar es un fenómeno bien conocido y de creciente importancia sociológica, cuyo tratamiento jurídico cuenta con cierta tradición en Derecho com-

parado; el ordenamiento español, en cambio, sólo puede exhibir una corta experiencia, que constituye además una sucesión de torpezas e inconsecuencias<sup>(1)</sup>. No haremos narración de esa historia, si bien resulta difícil comprender el presente sin conocer las curiosas peripecias de los objetores de conciencia a lo largo de los últimos veinticinco años, en los que de una represión sin contemplaciones se pasó al disfrute de un cómodo aunque inseguro vacío legal, finalmente llenado por una normativa irritante donde se combina un designio restrictivo con la ineficacia jurídica y organizativa, todo ello adobado por una progresiva deslegitimación social, tanto del servicio militar como de la prestación sustitutoria<sup>(2)</sup>. Uno de los últimos episodios de esa historia es el protagonizado por el nutrido grupo de los insumisos, es decir, de aquellos jóvenes que no sólo rehúsan cumplir el servicio militar, sino también la prestación social sustitutoria a la que consideran una prolongación agravada del mismo.

Pues bien, la sentencia que motiva esta reflexión, y que ha sido objeto de amplia polémica en los medios de comunicación<sup>(3)</sup>, presenta la original novedad de haber declarado la absolución de un insumiso por aplicación del estado de necesidad, causa de justificación que contempla el artículo 8, 7.º del Código Penal. Aunque no comparto esa

<sup>(1)</sup> He realizado un estudio más detenido en I.C. Ibán, L. Prieto y A. Motilla, *Curso de Derecho Eclesiástico*, Universidad Complutense, Madrid, 1991, p. 343 y ss.; y antes, en colaboración con M. Gascón, "Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional", *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 1988-89, p. 97 y ss.

<sup>(2)</sup> El marco normativo básico está formado por la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de los aspectos sustantivos de la objeción de conciencia; por la Ley Orgánica 4/1984 de la misma fecha, luego modificada por la 14/1985, de 9 de diciembre, que regula el régimen penal y de recursos; por el Real Decreto 551/1985, de 24 de abril, que aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de objeción de conciencia; y finalmente por el Reglamento de la Prestación Social de los objetores de conciencia de 15 de enero de 1988. También se integran en ese bloque normativo las sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161/1987, de 27 de octubre.

<sup>(3)</sup> A título de ejemplo, el diario *El País* dedicó el n.º 229 de su sección "Temas de nuestra época" (9 de abril de 1992) el problema de la insumisión en España.

(\*) Sobre la desobediencia civil vid. J.F. Malem, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988, y M. Gascón, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, C.E.C. Madrid, 1990, p. 31 y ss. La definición que ofrece la sentencia es bastante ajustada a la noción teórica de desobediencia civil y, desde luego, refleja la actitud del inculpaado y, en general, de la mayoría de los insumisos. No obstante, en ocasiones la insumisión puede presentarse como un auténtica objeción de conciencia; así, cuando lo que se rehúsa es *todo* género de servicios al Estado por motivos de conciencia y sin perseguir directamente ninguna ulterior modificación normativa, como sucede con los miembros de algunas confesiones religiosas.

(<sup>5</sup>) Vid. I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, Espasa Calpe, 8.ª ed., Madrid, 1983, p. 84.

(<sup>6</sup>) Vid. M. Gascón, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, citado, p. 199 y ss.

solución, es de justicia elogiar la abierta y sincera argumentación de la sentencia, muy alejada en su forma del estilo farragoso y críptico que es tradicional en la literatura forense, y muy consciente en su fondo de los intrincados problemas morales que se esconden tras la técnica jurídica.

Un segundo motivo de elogio, éste más aparente que real, es la acertada calificación teórica del sujeto infractor. La llamada insumisión, esto es, la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria como modo de expresar la protesta contra el servicio militar de la que trae causa es, en efecto, un acto de desobediencia civil, y así lo reconoce el magistrado: sus actos "son ilegales, pues violan unas leyes; públicos, ya que tratan de hacerlos llegar al mayor número de personas; voluntarios y determinados por sus convicciones políticas y morales; no violentos y clara e intencionalmente dirigidos a la derogación de una ley, o al cambio de un programa o de una política gubernamental" (<sup>4</sup>).

Seguidamente, la sentencia se permite un cierto *obiter dicta*, contestando a una pregunta que nadie había formulado y que, como se verá, mejor hubiera sido no contestar. Se afirma, en efecto, que la desobediencia civil así definida se encuentra justificada tanto desde un punto de vista moral como político: moralmente, pues "no cabe considerar una desobediencia civil que no lo esté, ya que la desobediencia civil *invoca valores universalizables*"; y políticamente, "por cuanto ni un procedimiento democrático ideal es capaz de garantizar para todos los casos posibles la moralidad de sus resultados".

Aunque el asunto no tiene mayor transcendencia jurídica, la doble justificación que acabamos de enunciar me parece apresurada. En primer lugar, la universalización, es decir, la actitud moral de querer y estar dispuesto a que nuestro modelo de conducta o nuestros valores se conviertan en ley universal, no constituye un rasgo conceptual ne-

cesario a todo acto de desobediencia civil, sino acaso un rasgo contingente que acompaña a las modalidades de desobediencia moralmente plausibles. Y, en segundo lugar, es dudoso que, incluso en una ética formal y de mínimos, la universalización constituya el único requisito de la moralidad; por ejemplo, Kant hablaba también de un segundo imperativo consistente en no utilizar a ninguna persona como un medio, sino como un fin en sí misma (<sup>5</sup>), pero tampoco este es un rango esencial de la desobediencia civil. Así, es pensable que alguna minoría blanca de Sudáfrica reaccione con actos de desobediencia civil contra la política de reforma o supresión del apartheid: su conducta no será universalizable ni fiel al imperativo de los fines.

El déficit democrático, es decir, la distancia que separa a nuestras insatisfactorias instituciones representativas de lo que pudiera ser un modelo ideal de diálogo y participación, ofrece en verdad una cierta explicación y justificación de la desobediencia civil (<sup>6</sup>), pero se trata, a mi juicio de una justificación genérica y, casi por definición, imposible de alcanzar algún respaldo en el Derecho. Es genérica en el sentido de que justifica la existencia de una acción política fuera de las instituciones, pero en modo alguno la legitimidad de cada concreta desobediencia civil; y ello, sencillamente, porque si la democracia real es muy poco "comunicativa" y, por tanto, ofrece un fundamento debilitado de sus leyes y decisiones, la desobediencia civil es aun menos comunicativa y no puede pretender que sus actos y finalidades sean legítimos por definición; que lleguen a ser depende de que, merced a la presión, puedan ser objeto de debate y decisión democrática. En consecuencia, es cierto, como dice la sentencia, que la democracia no puede garantizar la moralidad de sus resultados, pero la desobediencia civil incluso menos. La segunda afirmación, que la desobediencia civil es por definición ilegal, no requiere ningún esfuerzo probatorio: si se convierte en legal o si alcanza sus fines, la

desobediencia deja de serlo o deja de tener sentido; y esto tanto si nos parece políticamente justificada como si no.

## II. LA DESOBEDIENCIA CIVIL INDIRECTA Y SU IMPOSIBLE JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

Antes he dicho que es un acierto de la sentencia plantear los hechos como un supuesto de desobediencia civil, pero creo que se trata de un acierto sociológico o político, seguramente no de un acierto jurídico. De entrada, y aunque no pretendo hacer un ejercicio de psicología judicial, da la impresión de que la claridad y contundencia de esa calificación no responde sólo a una preocupación por delimitar figuras tan afines en lo teórico y, a veces, imposibles de deslindar en la práctica, como son la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Tal vez responde también a la dificultad implícita o latente de explicar una objeción de conciencia a deberes cuyo contenido consiste en el auxilio de toxicómanos o ancianos, y acaso esto explique la insistencia del juez en que la objeción se dirige contra la existencia misma del servicio militar, no contra el deber de prestarlo ni, mucho menos, contra el deber concreto de la prestación social: "la razón de conciencia no fue invocada frente al cumplimiento del deber individual... sino frente a la existencia del servicio militar obligatorio, de suerte que la exención del deber a realizarlo, esto es, del deber impuesto a él como individuo/objeto, no produce la supresión del servicio militar obligatorio".

Ahora bien, esto significa que nos hallamos ante una desobediencia civil indirecta, es decir, una desobediencia en la que se incumple una norma, en principio indiferente desde el punto de vista moral, con el propósito de protestar y en definitiva derogar otra norma o política gubernamental que se considere injusta. A efectos de valoración jurídica, sin embargo, la distancia que se-

para la desobediencia civil indirecta de la directa es mucho mayor que la existente entre esta última y la objeción de conciencia; porque tanto la objeción como la modalidad directa de la desobediencia consiste en rehusar justamente la norma que es objeto de rechazo moral y, por tanto, permiten verificar un enjuiciamiento directo entre la *justificación* de la norma y la justificación de la conducta individual<sup>(7)</sup>; lo que, en cambio, no es viable en la desobediencia indirecta, dado que aquí el conflicto se pretende plantear entre la libertad de conciencia y un deber, norma o política (aquel contra el que se protesta) que, en puridad, no resulta incumplido o lesionado, obviando la infracción auténticamente producida y frente a la cual no se formula ningún escrúpulo moral.

Que la desobediencia civil indirecta no puede encontrar ninguna justificación en el Derecho es algo que me parece está fuera de toda discusión. Y no sólo por el argumento —un tanto malicioso— de que ello abriría las puertas al caos y desorden social, dado que bastaría invocar la lucha contra una norma o política pretendidamente injusta para encontrar el amparo ante cualquier infracción del ordenamiento; también por motivos políticos (de moralidad política) y jurídicos. Por lo que se refiere a los primeros, la justificación de la desobediencia indirecta rompía el carácter simétrico e igualitario que debe tener el diálogo democrático que quiera ser un buen sucedáneo del discurso moral<sup>(8)</sup>, ya que el desobediente —si pretende la licitud de su conducta— se sitúa en una posición privilegiada respecto de los demás ciudadanos. No se me oculta que esa simetría e igualdad no existe en las democracias reales, donde algunos poderosos casi monopolizan el diálogo, o sea, lo convierten en monólogo, pero creo que ello no autoriza una especie de huida hacia adelante que, transformando el vicio en virtud, extienda esa posición privilegiada a cuantos, con fuerza o astucia, pueden alcanzarla mediante el poder, el dinero, la influencia o, por qué no, la desobediencia. De ahí que las expresiones históricamente más

(7) La diferencia entre objeción y desobediencia civil directa reside en la distinta finalidad que persigue el sujeto: la estricta preservación de su conciencia en el segundo, pero, al margen de que resulte muy difícil de apreciar en la práctica, dicha distinción presenta muy escasa trascendencia jurídica.

(8) Vid. C.S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 387.

(9) Vid. por ejemplo, la introducción de M.A. Bedan a *Civil Disobedience: Theory and Practice*, Pegasus, Indianapolis, 1969.

(10) Así, A. Passerin d'Entreves. "Legitimidad y resistencia" (1972), trad. de M. Atienza, *Sistema*, 13, 1976, p. 32; A. Gewirth, "The Claims of the Selective Conscientious objector", en V. Help y otros (comp.) *Philosophy, Morality and International Affairs*, Oxford University Press, 1974, p. 89 y ss.

(11) A veces, ni siquiera puede serlo: no se puede "violarse" la existencia del servicio militar como tampoco pudo "violarse" en su día la guerra del Vietnam.

destacadas de desobediencia civil indirecta hayan hecho del voluntario sometimiento al castigo un elemento más de su actitud moral (9); y de ahí también que algunos escritores consideren dicho sometimiento un rasgo esencial al concepto de desobediencia (10). De ser así, la sentencia que comentamos habría hecho un flaco favor al insumiso.

Finalmente, parece casi una obviedad decir que el Derecho no ofrece tutela a la desobediencia civil indirecta. Creo además que ni siquiera contando con un juez bien dispuesto o que simpatice con la causa dicha justificación será imposible. En cierto modo, el motivo ha sido ya avanzado: en la desobediencia civil indirecta la norma o política contra la que se protesta no resulta lesionada desde un punto de vista jurídico (11), y, por tanto, no cabe confrontar su eficacia o su legitimidad con los derechos, móviles o circunstancias del infractor; es decir, no cabe afirmar que la norma o política suscitó un "estado de necesidad" en el sujeto, ya que éste no fue llamado a cumplirla, ni tampoco era contraria a su libertad de conciencia, por las mismas razones. En esta modalidad por regla general lo que se incumple es un deber moralmente incuestionable e incuestionado; aquí concretamente el cuidado de ancianos en el Hogar de la Tercera Edad de Ávila.

### III. EL CONFLICTO ENTRE LEY Y CONCIENCIA

Así pues, la calificación como desobediencia civil no puede considerarse un acierto y representa más bien una insustancialidad jurídica, pues al Derecho y al juez penal no les interesan las opiniones de los ciudadanos acerca de sus instituciones, sino sólo la obediencia a las normas y, por supuesto, la posible justificación de su desobediencia; pero tanto lo uno como lo otro requieren traer a un primer plano —no una institución como el servicio militar jurídicamente no lesionado— sino el concreto

deber jurídico que ha sido incumplido. Por ello, no es extraño que la propia sentencia, tras hacer el planteamiento que ya conocemos, se olvide de él y pase a considerar sin más la objeción a un deber: "la cuestión consiste en determinar... si quienes... desobedecen civilmente una ley —pueden quedar eximidos de responsabilidad penal". Es decir, ahora desaparece el motivo último que animaba la conducta del insumiso (lograr la supresión del servicio militar) y queda sólo el núcleo de la cuestión: haber violado una ley por alegados motivos morales o de conciencia.

Aquí es donde se plantea "la disyuntiva conciencia o ley (individuo o sociedad, persona o Estado)... que debe resolverse... a favor de la conciencia, que es hacerlo a favor de la persona y de su dignidad". Conclusión a todas las luces precipitada, pues sencillamente no es cierto que todo conflicto entre la ley y la conciencia deba resolverse en favor de ésta; de ser así, por ejemplo, deberían considerarse justificados los sacrificios humanos que pudiera practicar alguna iglesia o confesión religiosa. Pero que el triunfo de la conciencia no pueda sostenerse siempre, tampoco significa que no deba defenderse nunca: ¿en qué casos cabe otorgar una preferencia jurídica a la conciencia sobre la ley?. Detrás de esta pregunta se esconden decisiones cardinales del modelo de convivencia pues, en suma, se trata de saber cuándo el Derecho puede imponer deberes jurídicos y limitar de un modo u otro la libertad de las personas, cuando pueden o deben amenazar con una sanción penal ciertos comportamientos de los individuos.

No podemos despejar aquí tan difíciles interrogantes, pero tampoco ocultaré mi simpatía por la propuesta de J.S. Mill: "la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de la comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque

de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo" (12). Aquí tienen su origen numerosas críticas al paternalismo y al perfeccionismo estatal: la intervención pública y la imposición de deberes es legítima para evitar que se perjudique a otras personas o incluso, hoy más ampliamente, cuando persigue algún bien o interés que sea relevante para el conjunto social.

Naturalmente, determinar que sea un bien o interés social digno de protección tampoco es una cuestión clara ni, mucho menos neutral o ajena al orden de valores imperante en cada momento histórico. El modelo constitucional tiene mucho que decir, pues en él se contienen los motivos fundamentales que justifican la asociación política y, por tanto, que justifican también las restricciones a la libertad. En cualquier caso, conviene subrayar que, de entre todos esos bienes o intereses, el Derecho penal, por el especial vigor de su respuesta, sólo se ocupa de los más sobresalientes y sólo frente a sus lesiones más intolerables; es lo que la dogmática penal resume en una serie de principios: Derecho penal como última *ratio*, principio de ofensividad y proporcionalidad, prohibición de exceso, carácter fragmentario del Derecho penal, etc.

#### IV. ¿EXISTE UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL TIPO DE INSUMISIÓN?

Si la determinación de los bienes jurídicos dignos de protección y el modo y medida en que han de ser protegidos es algo que se presta a discusión, el problema de la justificación y proporcionalidad de un concreto tipo penal constituye una pregunta categórica. Aquí aparece la cuestión del bien jurídico protegido por el tipo de insumisión (14) que constituye el primer pronunciamiento de la sentencia y donde desta-

can tres afirmaciones: primero, que el bien jurídico no puede ser la defensa nacional, ni siquiera entendida en su dimensión civil; segundo, que tampoco puede serlo la prestación social en sí misma, pues "su carácter obligatorio se contradice frontalmente con la solidaridad, esencialmente voluntaria, que la fundamenta"; y tercero, que, habida cuenta de que mediante la prestación se canaliza el cumplimiento por el objeto de un deber constitucional hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles, es preciso concluir que estamos ante uno de los llamados "delitos contra un deber, en los que no es posible ver otra esencia que la infracción de un deber que se quiere imponer "per se".

En relación con el primer aspecto, estoy de acuerdo en que el bien jurídico protegido no es la defensa nacional, pues los contenidos de la prestación ni remotamente pueden conectarse a la misma, al menos en tiempo de paz. No obstante, resulta contradictorio o, al menos, paradójico que, después de esta afirmación concluyente, se quiera reconocer y dar relevancia jurídica al hecho de que el insumiso no impugnaba el deber en sí mismo, sino la existencia del servicio militar; es decir, que lo uno o lo otro: si lo que se pretende enjuiciar es una conducta orientada a lesionar el servicio militar, entonces tal vez no se debería haber desechado tan rápidamente el bien jurídico de la defensa nacional.

La segunda afirmación produce bastante estupor, porque implica, ni más ni menos, que el Estado no puede perseguir fines de solidaridad mediante el establecimiento de deberes coactivos. De acuerdo con el planteamiento, que recuerda al peculiar anarquismo de Nozick (15), resultaría que la actividad fiscal del Estado, en la medida que persigue o debe perseguir la solidaridad, habría de basarse en las aportaciones voluntarias de los ciudadanos.

La conclusión de que el tipo de insumisión sanciona simplemente el

(12) J.S. Mil, *Sobre la libertad* (1859), trad. de S. Sainz Pulido, Ed. Orbis, Barcelona, 1985, p. 32.

(13) Vid., por ejemplo, M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 1987, p. 63 y 219.

(14) Al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objeto de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán las penas de prisión menor en su grado medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena", artículo 2. 3.º de la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre.

(15) Vid. R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía* (1974), trad. de R. Tamayo, F.C.E. México, 1988.

(16) Ciertamente, pudiera pensarse que esta clase de bienes jurídicos quedan protegidos por normas no penales o que no impliquen privación de libertad. Sin embargo, esto último parece ser una exigencia del tipo de deber, pues en otro caso (sanción de multa, por ejemplo) se transformaría la prestación personal en otra real, resucitando algo así como los viejos soldados de cuota.

“deber por el deber” equivalente a decir que carece de un bien jurídico relevante o digno de protección; conclusión tal vez algo apresurada, pero a mi juicio no del todo carente de buenas razones. Algo apresurada porque pudiera haberse entendido —o, al menos, discutido, que la satisfacción de fines colectivos relacionados con el bienestar o la utilidad social, del mismo modo que justifican los deberes de naturaleza personal. En otras palabras, cabría haber argumentado que es voluntad legítima del legislador que todos los ciudadanos presten una contribución personal en favor de esos fines colectivos; contribución que puede ser militar o civil y cuyo cumplimiento se garantiza con una pena de privación de libertad. Por otro lado, en favor de la constitucionalidad del servicio militar y de la prestación social y, por tanto, de los bienes y valores que tales actividades comportan, cabe aducir el argumento evidente de su expreso reconocimiento en el artículo 30.2.º.

En cualquier caso, como he indicado, la tesis de la sentencia tampoco me parece descabellada, pues las prestaciones personales resultan hoy un tanto anacrónicas y abiertamente discriminatorias contra el hombre y, por otra parte, una pena mínima de dos años, cuatro meses y un día puede reputarse claramente desmesurada. Quiero decir con ello que entra dentro de lo discutible si el bien jurídico que está detrás de la prestación es de la suficiente entidad como para merecer una reacción penal (“”) y, en caso de que así se considere, si esa reacción debe alcanzar la dureza que hoy establece la ley.

## V. JUSTIFICACIÓN PENAL Y CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Aceptamos por tanto, y aunque sólo sea a efectos de proseguir el comentario, que la sentencia tiene razón y que efectivamente el tipo de insumisión ca-

rece de un bien jurídico relevante o, lo que es lo mismo, que viene a proteger la imposición de un deber o limitación a la libertad de personas que carece de justificación. ¿Qué consecuencia jurídica cabe derivar de esta afirmación?. En este punto, la sentencia se encamina por un terreno sumamente peligroso como es la consideración de las causas de justificación penal y, en concreto, del estado de necesidad (artículo 8, 7.º del Código Penal); existiría un conflicto entre dos bienes jurídicos de desigual valor: la dignidad personal del insumiso y el inexistente o un tanto evanescente bien jurídico protegido por la figura penal. La solución no ofrece dudas: la absolución del acusado “por cuanto el injusto, esto es, el hecho típico antijurídico, ha quedado excluido”.

A mi juicio, y de seguir esta vía de la excusa individual, hubiera sido preferible acudir a la del artículo 8.11.º, es decir, obrar “en ejercicio legítimo de un derecho”. Primero, porque tanto la prestación social como el servicio militar pueden considerarse incómodos y gravosos, pero decir que atentan contra la dignidad representa un cierto abuso del lenguaje. Segundo, porque, en todo caso, si se supone que el deber incumplido violenta la dignidad habrá que suponer que la violenta siempre y para todas las personas, no sólo en el caso examinado. Y tercero, porque aquí lo que hay realmente es un conflicto entre el deber jurídico y la libertad ideológica o de conciencia, es decir, entre un deber y un derecho.

Obviemos, sin embargo, este debate y centremos la reflexión en la siguiente pregunta: las causas de justificación penal ¿constituyen la respuesta adecuada a los casos de objeción de conciencia no reconocidos que el juez considera legítimos?. En otras palabras, constatado el conflicto entre ley y conciencia, ¿la solución “individual” que implican esas causas es la más correcta o adecuada?. No creo que deba excluirse una respuesta afirmativa en algunos casos, aunque justamente no en el contemplado. Aquí conviene introducir una

distinción entre dos tipos de objeción o de conflicto entre ley (o) y conciencia.

Una primera clase o modalidad sería aquella objeción de conciencia que se formula, no al deber jurídico en sí mismo considerado, sino a ese deber jurídico en cuanto pretende ser exigido en cierta circunstancia en la que concurre un motivo de conciencia para el incumplimiento. Un ejemplo podría ser el del individuo que efectúa o participa en la realización de un acto de eutanasia a instancias del enfermo o movido por la piedad, o ambas cosas a un tiempo; a mi juicio, se trata de un caso de objeción de conciencia o asimilable a la misma, dado que se produce un conflicto entre un tipo penal (el homicidio o el auxilio al suicidio) y un cierto dictamen moral o de conciencia. Es obvio que el sujeto en cuestión no objeta sin más el deber jurídico dimanante del tipo penal, sino sólo su aplicación a un caso concreto que él cree justificado por motivos de conciencia. En mi opinión, aquí es donde encuentran viabilidad las causas de justificación penal, precisamente porque ésta eliminan la antijuridicidad para un caso concreto.

Sin embargo, no es esto lo que ocurre en la mayor parte de las modalidades de objeción de conciencia: quien objeta el servicio militar, la prestación social, el aborto o la práctica del juramento lo hace con carácter general, es decir, considerando que ese deber jurídico resulta, en toda circunstancia, contrario a su dictamen de conciencia. Si el juez considera que esa actitud está justificada —como ocurre en el caso que ahora comentamos— porque detrás del deber no hay ningún bien jurídico relevante, acudir a una causa de justificación penal, es decir, a una “solución individual”, resulta del todo improcedente, y ello, al menos, por dos razones.

En primer lugar, porque si se trata efectivamente de un deber jurídico que limita la libertad de las personas y carece de justificación, lo que ocurre en realidad es que ese deber y, consiguientemente, la pena por su incumplimiento

no deben existir con carácter general porque resultan inconstitucionales. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto es reiterada: toda limitación de un derecho fundamental debe respetar su contenido esencial y además estar justificada, es decir, servir para la tutela de otros derechos, bienes o valores constitucionales<sup>(17)</sup>; por tanto, si descubrimos que detrás de una cierta norma limitadora de derechos no hay más que “el deber por el deber”, si no existe ningún bien jurídico relevante, esa norma carece de legitimidad constitucional.

Ciertamente, cabría discutir si toda norma limitadora de la libertad debe al mismo tiempo ser considerada como una norma limitadora de derechos fundamentales, exigiéndose entonces las garantías que acabamos de ver y, en particular, la necesidad de justificación suficiente. En otro lugar he defendido una respuesta positiva a través de la que he llamado norma de clausura del sistema de libertades<sup>(18)</sup>. No obstante, en el caso aquí contemplado no hay duda ninguna: estamos ante una norma penal que prevé penas de privación de libertad y el Tribunal Constitucional ha declarado que estas normas afectan a derechos fundamentales; de ahí que deban ser desarrolladas mediante ley orgánica<sup>(19)</sup>. En consecuencia, si el juez considera que el tipo de insumisión afecta a derechos fundamentales, dado su carácter penal, y considera asimismo que carece de bien jurídico protegido, la solución lógica es proclamar (o proponer) su inconstitucionalidad.

En segundo lugar, declarar la exención de responsabilidad criminal porque concurren motivos ideológicos, religiosos o, en general, de conciencia supone, sensu contrario, que, de no concurrir, el juez hubiera estado dispuesto a aplicar la pena correspondiente. Pero esto equivale sencillamente a erigir dichos elementos ideológicos en un factor de discriminación en orden al cumplimiento de deberes jurídicos, lo que representa una infracción del principio de igualdad (art. 14). Obviamente-

<sup>(17)</sup> Vid. más ampliamente mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 146 y ss.

<sup>(18)</sup> *Ibidem.*, p. 153 y ss.

<sup>(19)</sup> Vid. STC 140/1986, de 11 de noviembre.

(20) Y esto sólo puede admitirse cuando se entiende que detrás del deber jurídico no hay ningún bien protegible o que es de menor importancia a la libertad de las personas, con la cual este argumento enlaza o reposa en el anterior.

(21) Si se quiere, también pudo seguir la vía del artículo 2, 2.º del Código Penal, es decir, acudir al Gobierno exponiendo la falta de justificación o proporcionalidad de la pena.

(22) Vid. M. Gascón, *Obediencia al Derecho...*, citado, p. 294 y ss.

(23) En *Estudios sobre derechos fundamentales*, citado, p. 153 y ss.

(24) si se quiere, también la cláusula de conciencia del artículo 20, 1, d.

(25) STC 53/1985, de 11 de abril.

te, el corolario de este argumento no es que procede castigar siempre, sino que, desde el momento en que se admite que la libertad de conciencia de una persona es suficiente para enervar el deber jurídico en una ocasión (20), debe considerarse así con carácter general; o lo que es lo mismo: la libertad de toda persona, cualquiera que sea su ideología, es bastante para desactivar el deber jurídico, que en consecuencia ha de dejar de ser un deber.

Ambos argumentos nos conducen a una misma conclusión: si el juez consideró que la conciencia del insumiso había de prevalecer sobre la ley porque detrás de ésta no vislumbraba ningún bien jurídico, o ninguno de suficiente entidad como para justificar una pena de más de dos años de cárcel, lo que debió hacer es plantear una cuestión de inconstitucionalidad, porque justamente lo que estaba en juego era la propia legitimidad de la norma de cuya validez dependía el fallo (artículo 35 L.O.T.C.) (21). Al no hacerlo así, creo que el juez ha pasado del activismo al voluntarismo y, sin quererlo, ha causado también una discriminación: lo primero porque la sentencia vulnera el principio de legalidad sin acudir al único medio viable para eludirlo, que es la declaración de inconstitucionalidad de la propia ley por parte del Tribunal competente para hacerlo. Y lo segundo porque se entiende que si en el futuro otro inculpado no muestra una conciencia firme y arraigada, el mismo juez —y, desde luego, la mayoría de sus colegas— castigarán y con ello habrán dictado dos soluciones contradictorias tomando como elemento de distinción la ideología o conciencia de las personas.

## VI. CONCLUSIÓN. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA ¿UN DERECHO GENERAL O UN DERECHO IMPOSIBLE?

Algún autor ha defendido con muy buenos argumentos la idea de que exis-

te un derecho general a la objeción de conciencia (22), y yo mismo he aportado argumentos en favor de esa tesis (23). En síntesis, con ello quiere decirse lo siguiente: la Constitución sólo reconoce una modalidad de objeción, la que se formula al servicio militar (24), y el Tribunal Constitucional por su cuenta ha ofrecido amparo a otra modalidad, la del personal sanitario a la práctica del aborto (25); sin embargo, el número de objeciones posibles es en hipótesis ilimitado y, en principio, todos ellos irrelevantes para el Derecho, por lo que debería ser sancionados. Pues bien, el citado "derecho general", que se hace derivar del artículo 16.1.º (libertad de conciencia) no significa evidentemente que toda objeción haya de ser tolerada, sino sólo que cualquier acto de esa naturaleza ha de ser contemplado como un conflicto entre el deber jurídico y la libertad o, si se prefiere, entre el bien o valor tutelado por ese deber jurídico y un derecho fundamental. En otras palabras, la consecuencia de ese derecho general es que toda limitación a la libertad ha de ser considerada como una limitación a un derecho fundamental y, por tanto, debe acreditar una justificación suficiente; quien objeta al amparo de ese derecho general está haciendo un llamamiento para que el deber incumplido sea evaluado como ilegítimo o carente de justificación.

No encuentro ninguna razón para modificar lo sustancial de esta tesis, pero creo que articular su defensa en torno a la objeción de conciencia puede inducir a una cierta confusión, a saber: considerar que la conciencia del sujeto juega algún papel relevante a la hora de enjuiciar el mencionado conflicto entre deber jurídico y derecho fundamental, de manera que para decidir la justificación o proporcionalidad de aquél fuese preciso evaluar la conciencia del individuo en cuestión. En realidad, no es así; sociológicamente, las objeciones surgen porque algunas personas —pocas o muchas— comienzan a demostrar una repugnancia moral hacia algún deber, pero jurídicamente no es esa repugnancia moral lo que al final cuenta,

sino tan sólo si existe o no libertad para oponerse o, mejor dicho, si el deber ha de prevalecer o no sobre la libertad y ello cualquiera que sea la ideología o conciencia del sujeto. Veamos dos argumentos en favor de este planteamiento.

El primero es la desde antiguo conocida incapacidad de las técnicas jurídicas para penetrar en el insondable mundo de la conciencia, de su sinceridad y de sus motivaciones últimas. Porque, en efecto, si nos tomamos en serio que la objeción de conciencia consiste en rehusar el cumplimiento de un deber jurídico *por motivos de conciencia* moral, entonces el Derecho no podría dejar de verificar en cada caso la existencia de esos motivos. Sin embargo, si bien pensado, esto no sucede siquiera en la única objeción de conciencia regulada, pues el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, a la hora de examinar las solicitudes, se mueve entre una verificación formal (e inútil) y una fiscalización sustantiva (e intolerable para la intimidad); y, en todo caso, a nadie se le oculta que un joven sincero por torpe e inculco tiene menos posibilidades de ser reconocido objetos que otro hipócrita pero instruido o bien asesorado; es decir, que en la práctica objetar el servicio militar no es una cuestión de conciencia, sino de libertad. A mi juicio, esto es lo que explica la concepción penalizadora de la prestación social sustitutoria: lo que el legislador sabe que no puede conseguir interrogando al sujeto pretende obtenerlo por la vía indirecta de una prestación social desventajosa, pensando así que nadie escogerá esta vía por comodidad. Y algo parecido cabe decir de la objeción al aborto: el Tribunal Constitucional consideró que no era necesario regularla porque estaba ya suficientemente amparada por el artículo 16.1.<sup>o</sup>, pro ¿esto no equivale a renunciar a cualquier procedimiento en orden a verificar la sinceridad de la conciencia?, ¿no equivale a reconocer que cualquier médico puede rehusar estas prácticas con sólo negarse?. En suma, para el Derecho la conciencia es casi una pala-

bra vana; la palabra importante es libertad.

Pero esto no ocurre sólo por la incapacidad de las técnicas jurídicas. El segundo argumento, ya aludido, es precisamente la desigualdad que provoca una objeción de conciencia que *de verdad* tenga en cuenta la conciencia. Imaginemos, por ejemplo, que un nuevo credo religioso comienza a impugnar cierto deber jurídico y que, en atención a ello, el legislador articula un procedimiento para que los seguidores de ese credo queden exentos de su cumplimiento —con prestación sustitutoria o sin ella, que esto ahora no importa—<sup>(26)</sup> ¿Acaso el siguiente paso no consistirá en extender ese “privilegio” a todos los ciudadanos cualquiera que sea su ideología o religión, transformando el antiguo deber en libertad?. La respuesta me parece que es indudablemente afirmativa, sobre todo en un sistema secularizado y que asume el respeto a la igualdad “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... religión, opinión...” (art. 14).

Ahora bien, si esto es así, hablar de un derecho general a la objeción de conciencia supone decir que, allí donde ese derecho se muestra eficaz, no es que deba reconocerse una objeción circunstancial por motivos de conciencia, sino que debe suprimirse la obligación y dejar paso a la libertad. Veámoslo más despacio. Como he dicho, ese derecho general implica que cuando un deber jurídico limita la libertad, sobre todo si aparece acompañado de una sanción penal, ese deber se concibe como una limitación a un derecho fundamental y, por tanto, ha de acreditar justificación suficiente. Puede ocurrir —y así ocurrirá casi siempre en un Estado de Derecho— que, tras la adecuada ponderación, el juez estime la existencia de esa justificación, y en ese caso aplicará la sanción correspondiente. Sin embargo, puede suceder también que, ante la alegación por el infractor de una conciencia contraria, estime que el deber (la ley) no protege un bien jurídico de entidad bastante para violentar esa

(26) Así ocurrió en Rusia y en Norteamérica con los primeros objetores al servicio militar, Vid. a Stokes, *Church and State in the United States*, Greenwood Press, New York, 1975, Vol. II; y así ocurrió también con la fórmula del matrimonio civil, ideada en los Países Bajos inicialmente para la minoría católica, Vid. I.C. Ibán, “Sistemas matrimoniales, en *Ius Canonium*, XVII, 34, 1977, p. 218 y ss.

(27) Esto no impide que la ley establezca ciertos requisitos, como advertir de la objeción con anterioridad, no practicar abortos en otras clínicas, etc. Pero todo ello no garantiza evidentemente la sinceridad de la objeción, sino que intenta atacar por vías indirectas los casos manifiestos de insinceridad. Con todo, en España no existe una regulación de este tipo.

conciencia; pero entonces vendrá obligado a observar igual solución jurídica en cualquier caso ulterior, cualquiera que sea la conciencia (art. 14), con la cual lo que empezó siendo una alegación de la conciencia se convierte en una alegación de la libertad a secas.

De ahí que me haya preguntado en la rúbrica de esta conclusión si la objeción de conciencia es un derecho general o un derecho imposible. Creo que ambas cosas, entendidas como se ha indicado, son ciertas: es general porque, al amparo del artículo 16.1.º, el número de objeciones jurídicas viables resulta, en principio, ilimitado o imposible de determinar; dicho artículo actúa como una cláusula extensiva que, en nombre de la libertad de conciencia, permite rechazar deberes jurídicos no justificados. Pero es también imposible, porque la expresión libertad de conciencia es para el Derecho una expresión formal que en realidad equivale a libertad a secas; esto es, que cuando el Derecho considera que un deber jurídico atenta contra la libertad de conciencia no requiere examinar la conciencia de cada individuo para comprobar que es así, sino que, si suponemos que puede ser así en algún caso, suponemos que lo es siempre. Por ejemplo, decir que podemos formular objeción de conciencia al aborto es sólo una manera de hablar; lo que ocurre más bien es que podemos negarnos porque practicar abortos no es ninguna obligación, sino una facultad de los

médicos (27); y, en el fondo, algo parecido ocurre, o debería ocurrir, con la objeción al servicio militar.

Por eso, no puedo coincidir con la solución jurídica que ofrece la sentencia objeto de este comentario. El insumiso no es un sujeto que, situado en circunstancias especiales, rechace cumplir el servicio militar y la prestación sustitutoria; es un sujeto que, en toda circunstancia y por motivos ideológicos dirigidos contra la existencia misma de ese servicio, rehúsa su realización porque considera que el Estado carece de legitimidad para imponerlo. Su actitud no puede quedar cubierta por una causa de justificación penal como es el estado de necesidad, que no permite cuestionarse la legitimidad general de la norma, sino sólo su aplicabilidad en ciertos supuestos especialmente tasados; su actitud sólo puede pretender el amparo de una libertad que entiende no merece ser sacrificada en aras de un bien jurídico como el que presuntamente está detrás del tipo de insumisión. Si quiere considerarse que el insumiso tiene razón —y así lo quiere la sentencia— ello no puede obedecer simplemente a la angustia moral que le produce el deber jurídico, sino a la falta de justificación de ese deber. Pero entonces el Tribunal Constitucional tiene la última palabra; la desconfianza —comprensible— hacia el sentido de esa palabra quizás explique el por qué de esta sentencia.