

OBJECION DE CONCIENCIA E INSUMISION: ANALISIS DE ESTRATEGIAS JUDICIALES

MANUEL ALENDA SALINAS
Universidad de Alicante

SUMARIO

I. LOS INSUMISOS ANTE LA JUDICATURA. ¿UNA TIPOLOGÍA DE LA INSUMISIÓN?: 1. Los insumisos convictos: *a)* ¿Insumisión de grupo? *b)* Los Testigos de Jehová. *c)* La beligerancia insumisa. Grupos en que se integra. *d)* Otros procederes ante los Tribunales. 2. Los insumisos no convictos.—II. LA JUDICATURA FRENTE A LA INSUMISIÓN.

En la actualidad, la repercusión social del fenómeno ha impuesto —sin base legal nominativa alguna—, incluso en la práctica forense, el *nomen iuris* de una consigna contestataria de la legislación de objeción de conciencia: la insumisión¹. Con esta denominación se vienen comprendiendo dos colectivos de personas: los que, sin haber obtenido el reconocimiento oficial como objetor (hayan o no solicitado tal consideración), rehúsan el cumplimiento del servicio militar (S.M.) alegando razones de conciencia; y los que, estando en po-

¹ Sobre el tema, sin ánimo de exhaustividad, sino meramente aproximativo, AA.VV. (edición de P. Ibarra), *Objeción e insumisión. Claves ideológicas y sociales*, Fundamentos, Madrid, 1992, especialmente págs. 50-53, 92-99 y 297-303; R. AJANGIZ, C. MANZANOS y J. PASCUAL, *Objetores, Insumisos. La Juventud Vasca ante la Milia y el Ejército*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991, especialmente págs. 46-77 y 202-213; G. LANDROVE DÍAZ, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, especialmente págs. 77 y ss.; A. MARTÍNEZ BLANCO, *Derecho Eclesiástico del Estado*, II, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 143-149; J. R. SALCEDO HERNÁNDEZ, «La insumisión», en *La objeción de conciencia en el Derecho español e italiano*, Universidad de Murcia, 1990, págs. 187-217; Idem, «Objeción de conciencia, desobediencia civil e insumisión», en *La objeción de conciencia*. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (Valencia, 28-30 de mayo, 1992), ed. a cargo de V. Guitarte Izquierdo y J. Escrivá Ivars, Valencia, 1993, págs. 325-338, especialmente en la pág. 332 se ocupa del origen de la expresión analizada.

sesión del referido *status*, rechazan la realización de la prestación social. Existe aun quien ha renunciado a su condición de objetor, previamente alcanzada, para después repeler el deber de servir en filas (supuesto denominado como *reobjeción*).

En el presente trabajo nos ocuparemos, fundamentalmente, de los objetores insumisos, sin perjuicio de que podamos hacer alguna referencia al otro grupo de insumisos no objetores, y que muchas de las consecuencias que extraigamos les puedan también ser aplicables.

Es evidente que la conducta en examen constituye un delito de los que son —como es regla general, por otra parte, de nuestro ordenamiento jurídico— perseguibles de oficio. Esto no empece que ante la remisa actitud de determinados órganos judiciales, la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia (O.P.S.O.C.)² haya, en ocasiones y normalmente tras la apertura de diligencias informativas, tenido que «avivar» el celo del Ministerio Fiscal.

Nos encontramos, así, con el problema ante los Tribunales, judicialización, por supuesto, no querida por los insumisos³, y tampoco siempre —y acaso ésta sea una de las grandes cuestiones a plantearse— por los jueces. En efecto, dada la actitud de algunos titulares del poder judicial en el tratamiento de esta polémica, surge la duda de si para algunos de ellos —tal vez acostumbrados a tratar con otra calaña— son verdaderos delincuentes⁴. En esta tesitura, no es de extrañar que se haya llegado a señalar que los jueces dicen *cosas raras y hacen jurídicamente el pino*; incluso que el verdadero insumiso era el magistrado, en el primer caso en que se absolvió a un acusado de rehúse a la P.S.S.⁵

Con este trabajo, fruto de una mayor y profunda investigación que realizamos en la materia, pretendemos acercarnos —a través de la Jurisprudencia⁶—

² Que para eso es también su cometido: artículo 44 del Reglamento, ahora derogado, de la P.S.O.C. (R.D. 20/1988, de 15 de enero, *B.O.E.* núm. 18, de 21 de enero): «La O.P.S.O.C. es el órgano encargado de la gestión, inspección y control de la prestación...» *Vid.* también el artículo 12.1 de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la de objeción de conciencia. En la actualidad, artículos 63 a 65 del nuevo Reglamento de la objeción de conciencia y de la P.S.S., aprobado por R.D. 266/1995, de 24 de febrero (*B.O.E.* núm. 64, de 16 de marzo de 1995, págs. 8377-8391).

³ Al menos, en principio. Es humano pensar que nadie desea verse en el banquillo de los acusados. Sin embargo, como quiera que el imperio de la Ley supone inevitablemente el sometimiento a juicio de la cuestión, determinados grupos contestatarios pretenden extraer la mayor rentabilidad posible de la situación, procurando sensibilizar a la opinión pública.

⁴ Según el diario *ABC*, de 17 de julio de 1994, pág. 30, una encuesta realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas «refleja que se rechaza la insumisión por parte de los españoles, pero que no se cree que deba ser considerada como delito».

⁵ Cf. F. SAVATER, «Leyes y conciencias», en *El País*, 29 de marzo de 1992, pág. 14; y J. GARCÍA MORILLO, «El respeto a las leyes», en *El País*, núm. 229 de su sección Temas de nuestra época, «Insumisión en España», 9 de abril de 1992, pág. 5. El caso enjuiciado es el resuelto por la Sentencia 75/1992, de 3 de febrero, del Juzgado de lo Penal (J.P.) número 4 de Madrid, sobre la que tendremos ocasión de volver.

⁶ El estudio de las Sentencias recaídas en procedimientos penales contra objetores de conciencia, habrá de pecar siempre de incompleto y fragmentario. Esta afirmación se explica —que

a esas dos realidades constituidas, de un lado, por las actuaciones ante los Tribunales por parte de los protagonistas del fenómeno analizado, pero también, de otra, por las propias reacciones de la judicatura.

I. LOS INSUMISOS ANTE LA JUDICATURA. ¿UNA TIPOLOGÍA DE LA INSUMISIÓN?

Aparte otras lecturas, puede a nuestro juicio extraerse una consecuencia fundamental del examen de la Jurisprudencia: hay insumisos que lo son por convicción y otros que, no siéndolo tanto, no gozan de tal seguridad. Pasemos a analizar estas pautas de comportamiento, pero vayamos por partes.

1. LOS INSUMISOS CONVICTOS

Es posiblemente cierto que entre los insumisos que lo son por puro convencimiento de que tal ha de ser su actitud, los haya simplemente por comodidad o pragmatismo⁷. Pero en los demás casos —aunque indudablemente luego hayan buscado su propia defensa, ejercicio de sagrado derecho, ante los Tribunales—, puede pensarse en la sinceridad del objetor; en razones de

no justifica— en la dificultad de reunión del «esparcido» material (que en una mínima dosis llega a alcanzar la publicación), así como en la inexistencia en este campo de una Instancia Superior que establezca una unificación de criterio legal respecto a la aplicación de estas normas punitivas (los asuntos alcanzan su techo jurisdiccional con la denominada «pequeña jurisprudencia» de las Audiencias Provinciales).

Ahora bien, no obstante la dispersión apuntada, estimamos que el material que hemos conseguido reunir (aproximadamente un centenar de resoluciones) puede ser suficientemente significativo o revelador del estado de la cuestión; en cualquier caso, aproximativo a la misma dado también el escaso interés que ha merecido el tema de la jurisprudencia a la doctrina científica, que por lo general ha atendido a supuestos concretos y no ha pretendido una construcción más de conjunto. No pensamos, tampoco, que sea obstáculo a nuestro propósito investigador que la mayor parte de las Sentencias estudiadas emanen de Juzgados de lo Penal, pues buena parte de ellas están firmes por no recurridas, y otras han sido confirmadas por la Audiencia Provincial respectiva; obviamente, las hay también que, apeladas, permanecen *sub iudice*.

Se faltaría al más estricto deber de justicia de no agradecer, a todos y cada uno de los magistrados y jueces que lo han hecho, el facilitarnos las resoluciones de que disponemos.

⁷ Comodidad o pragmatismo en cuanto que el interesado pretende —y tiene la esperanza de— no realizar actividad prestacional alguna.

La objeción de conciencia al S.M. ha llegado, entre sus catalogaciones, a clasificarse de pragmática. Evidentemente no verdadera objeción de conciencia, si por ella entendemos, como es lugar común en la doctrina (cf., por todos, R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 1967, págs. 68 y ss., especialmente págs. 71 y 73), el rechazo de un deber por verdaderas razones —no comodidad— provenientes de la interioridad.

Trasladar este prototipo a la categoría de la insumisión no resulta fácil: Que la insumisión pueda o no resultar cómoda depende, evidentemente, en sus últimas circunstancias —superadas las inconveniencias del proceso— de que el resultado que se obtenga suponga o no el ingreso en prisión.

fondo, convicciones de conciencia, por parte del que rehúsa la prestación, que muchas veces se somete serena y ¿gustosamente? a juicio. Queremos decir con esto que tal sujeto podrá o no estar equivocado, y está violando una Ley, penal además, pero lo hace —por lo menos entendemos que la duda acerca de la franqueza de las razones de su conducta debe operar aquí a su favor— porque considera que esa regulación no es justa; al menos no es la justicia que su conciencia reclama para esa Ley⁸.

Como tendremos ocasión de ver con más detenimiento, y por tanto ahora como meras referencias, la valoración judicial de este comportamiento auténtico y no por razones de comodidad, desidia o apatía social ha llevado, bien a la proposición de indulto⁹, bien a imponer pena en el límite mínimo posible¹⁰; ya, en ocasiones, a atenuar la responsabilidad criminal¹¹, en su caso, absolver al acusado¹².

a) *¿Insumisión de grupo?*

Los insumisos convictos, que lo son por razones de conciencia, si bien manifiestan con esta actitud íntimos escrúpulos, lo cierto es que suelen traducir o reflejar, por lo general, ideologías o creencias pertenecientes a conjuntos más amplios, aunque minoritarios, de sujetos. Fundamentalmente pueden distin-

⁸ «*Mi actitud es para mí un deber. Actúo contra algo que considero injusto. Y quiero añadir que, en nombre de mis 18 amigos que hay en prisión, el enviarnos a la cárcel no sirve para nada. No voy a cambiar mis ideas por ello.*» Esta es la última palabra del acusado, el insumiso J. R. Ocaña Sánchez, en el juicio celebrado contra él en el J.P. número 5 de Madrid, según GUSTAVO CATALÁN DEUS, «Antes de la cárcel», *El Mundo*, año V, núm. 182, 7 Días, 25 de abril de 1993, pág. 12.

Son muchos los jueces y Tribunales que han tomado en consideración esta postura, valorando el hecho de sentarse en el banquillo sin atacar al (resto del) ordenamiento jurídico; sabiendo el acusado, incluso, que está cometiendo un delito, pero prefiriendo, nunca mejor dicho en conciencia, ir a la cárcel que no actuar contra sus convicciones, y todo ello a los fines de pretender cambiar una Ley que impone —o que contribuye a su mantenimiento en el caso de la P.S.S.—, en su sentir, un deber injusto: la conscripción obligatoria.

⁹ Sentencia 281/1992, de 6 de julio, del J.P. número 1 de Pontevedra (F.D. 1.º).

¹⁰ Expresamente se establece en el F.D. 1.º *in fine* de la Sentencia, firme por irrecurrida, 220/1993, de 19 de julio, del J.P. número 2 de Albacete, supuesto de un «reobjeto» insumiso al S.M.

¹¹ Sentencia, firme por irrecurrida, 199/1994, de 20 de abril, del J.P. número 5 de Alicante: «... el M.F., que con incomiable imparcialidad ha reconocido en su informe que el acusado es una persona auténtica» (F.D. 2.º), y Sentencia, también firme por inapelada, 260/1994, de 10 de mayo, del J.P. número 6 de Alicante: «... se produce en el ánimo del acusado una conflictividad de intereses, o abdicar de sus convicciones (se niega a colaborar con el ejército y sus manifestaciones por su condición de antimilitarista y pacifista, y convencido profundamente de actuar éticamente de acuerdo a sus principios, incluso sabiendo que la realización de la prestación pudo hacerla en su misma localidad de vecindad), o reafirmandose en ellas, correr con sus consecuencias (es consciente que se está arriesgando a ir a la cárcel). Y se debe concluir que el acusado actuó de forma consciente y voluntaria al desobedecer el deber legal, pero lo hizo con detrimento de su facultad de elección entre los intereses que se le representaban...» (F.D. 5.º).

¹² Sentencia de 16 de enero de 1993 del J.P. número 20 de Madrid, *Actualidad Penal-Audencias*, número 4, abril de 1993, 78, págs. 231-235, en que se juzga una negativa al S.M. En el ámbito de la prestación, la citada Sentencia 75/1992, de 3 de febrero, del J.P. número 4 de Madrid.

guirse dos grandes divisiones: quiénes lo son por razones o motivos religiosos (mayormente, los Testigos de Jehová)¹³ o, bien, los que pueden comprenderse bajo convicciones de tipo humanitario, filosófico, altruista, etc. (donde queremos comprender los que suelen ser conocidos como pacifistas y antimilitaristas).

Valedores de unos y otros motivos han llegado a sensibilizar a la opinión pública. Especialmente los segundos, sobre todo cuando vienen auspiciados por los grupos pro-insumisión. No puede sino constatarse que han obtenido una importante repercusión social, llegándose a poner en tela de juicio que merezcan ser tratados por el Derecho punitivo sancionador. Pero a ello, sin duda, que también ha contribuido la propia Jurisprudencia¹⁴.

Esta reflexión lleva a conectar con otra que casi podría ya calificarse como de *vexata quaestio*: el de si es o no posible el fenómeno de la objeción de conciencia de grupo. El sentir general es proclive a la negativa, por diversas razones: es un fenómeno, el de conciencia, individual que, siendo como ha de ser sincero, no puede asegurarse que sea verdaderamente coincidente con lo que propugne la confesión. Además, los ordenamientos jurídicos suelen establecer un procedimiento de tipo individual para el reconocimiento de la condición de objetor; siendo muy excepcional —por cuanto que pudiera coartar la libertad individual— que pudiera admitirse, en este sentido, una actuación, por sustitución, de la confesión u otros organismos¹⁵.

Sentado esto, no deja de parecer un contrasentido que, en algunos países, la *communis opinio* legalizada esté por la sinceridad de los individuos pertenecientes a determinados grupos religiosos: es el caso de los Testigos de Jehová (eximidos en Suecia de todo servicio) y de los Adventistas del Séptimo Día (que en Italia están exentos, previa petición, del servicio armado y, entonces, asignados al servicio no armado o al civil)¹⁶.

¹³ Para una amplia referencia histórica de otros grupos confesionales cualificados, puede verse R. BERTOLINO, *L'obiezione...*, cit., págs. 156-157.

¹⁴ ¿Qué imagen puede transmitir a la opinión pública que en el mismo día y página de un diario, *El País*, de 7 de octubre de 1992, saque a la luz la información de que una misma Audiencia Provincial (A.P.), la de Madrid, por Secciones distintas, condene con dos años, cuatro meses y un día de prisión a un autodeclarado Testigo de Jehová (Sección XVI), mientras que a otro insumiso le imponga sólo la pena de cuatro meses (Sección II)?

¹⁵ Cf. R. BERTOLINO, «Obiezione di coscienza. 1) Profili teorici», *Enciclopedia Giuridica*, XXI, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, pág. 1; G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 246-249; F. J. PELÁEZ ALBENDEA, *La objeción de conciencia al S.M. en el Derecho positivo español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 127.

¹⁶ Puede que por todas estas razones, no se establece nada, en el Acuerdo del Estado español con los evangélicos (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), sobre la objeción de conciencia de los Adventistas. Aunque, como dice J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994, págs. 157 y s., tal silencio puede ser debido a la facilidad procedimental en el reconocimiento de la condición de objetor, bastando con la legislación existente al respecto. Vid. nuestra ponencia «Los Acuerdos como garantía y regulación de objeciones de conciencia», en el VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Barcelona, 1994.

Sea lo que fuere, sí pueden apreciarse distintos comportamientos según el bando, religioso o no, en el que se sitúe el insumiso; o para una más exacta, por generalizable, catalogación, según que se sea, o no, activista o beligerante a favor de la insumisión. Entre quienes no adoptan tal posición, podemos encontrar a numerosos renunciantes de la condición de objetor de conciencia. Muchos Testigos de Jehová —dada su predisposición a la objeción «total»— han hecho uso de esta renuncia, sabedores que la insumisión al S.M. estaba penada —en su límite mínimo— inferiormente (haciendo factible la concesión de la remisión condicional de la condena) al rehúse a la P.S.S.¹⁷

Contrariamente, podemos también encontrar entre los insumisos activistas, quienes han solicitado al C.N.O.C. les reconociera tal tipo de renuncia. La finalidad perseguida ha sido completamente distinta: al preverse por muchos de ellos que iban a ser «amnistiados», pasando directamente a la situación de reserva¹⁸, han pretendido la renuncia para, al ser llamados de nuevo a filas, manifestar su voluntad de incumplir el servicio de armas¹⁹. Esta postura ha sido conocida como «reobjeción», y la pretensión ha sido continuar con la campaña de desobediencia legal con fines de repercusión social. La Administración, recelosa de estas aviesas intenciones, ha desestimado muchos de tales pedimentos²⁰.

b) *Los Testigos de Jehová*

Si la certeza persuasiva de negativa prestacional es generalizable a muchos de los contestatarios, alcanza una especial significación en el supuesto de de-

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (ponente: señor Sánchez del Río y Sierra) de 10 de diciembre de 1992, recaída en el conflicto de jurisdicción, 5/1992, planteado entre el Juzgado de Instrucción de Tremp (Lérida) y el Juzgado Togado Militar número 31, con sede en Barcelona, B.O.E. núm. 36, de 11 de febrero de 1993, págs. 4166 y s. El supuesto de hecho lo protagonizó un Testigo de Jehová que, habiendo primero solicitado y obtenido el reconocimiento como objetor de conciencia, renuncia al mismo (lo que acepta el C.N.O.C.), y se presenta ante la autoridad militar haciendo constar que «*se negaba a cumplir el S.M., que había renunciado a la condición de objetor de conciencia por exigírsele la prestación de un servicio social sustitutorio, y que deseaba acogerse a las Leyes militares*».

¹⁸ Tal y como aconteció con el R.D. 1442/1989, de 1 de diciembre, por el que se adiciona una Disposición Transitoria en el R.D. 20/1988, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la P.S.S. de los objetores de conciencia (B.O.E. número 289, de 2 de diciembre de 1989).

El presentimiento de este «indulto» para los objetores «veteranos» había sido propiciado desde la propia Administración, en compensación por los muchos años de incertidumbre y para facilitar la puesta en práctica de la P.S.S. Para un rápido *excursus* acerca de la «sensibilidad» del Gobierno en este tema, pueden verse declaraciones del Ministro de Justicia, compendiadas por A. FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, «Revocación de la nulidad del Reglamento de la P.S.O.C.», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año XLV, 5 de mayo de 1991, núm. 1598, pág. 72 (2428).

¹⁹ Casos de las Sentencias 211/1993, de 1 de julio, del J.P. número 2 de Albacete, la 220/1993, de 19 de julio, del mismo Juzgado, ambas firmes por irrecurridas, y la Sentencia de la A.P. —Sección 3.ª— de Zaragoza 337/1993, de 17 de septiembre. En todas ellas la penalidad impuesta ha sido la de un año de prisión menor.

²⁰ Cf. G. LANDROVE DÍAZ, *Objeción de conciencia...*, cit., pág. 80.

terminados valedores religiosos. A nuestro parecer y si tenemos visión histórica, es indudable que los Testigos de Jehová tendrían demostrada esa sinceridad con la cárcel, cuando, en los tiempos del General Franco, fueron víctimas de las denominadas «condenas en cadena» o «prisión vitalicia» por su objeción de conciencia al S.M.²¹ No puede, así, extrañar que la Sentencia 522/1992, de 17 de diciembre, del J.P. número 5 de Alicante haya considerado que la actitud del inculpado, precisamente un Testigo de Jehová, constituye un delito necesario para el mismo²². La Sección 1.ª de la A.P. de Alicante, en Sentencia 310/1993, de 15 de abril, confirma esta resolución, dando por reproducidos sus argumentos en la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal²³.

Con todo, no puede dejar de constatarse que la consideración hacia la referida confesión minoritaria, en cuanto que patrocinadora de la denominada objeción de conciencia «total» está siendo, sin embargo, sometida a revisión, especialmente en Italia. Y ello, al parecer, por dos razones: una, que la propia confesión no impone inexorablemente una conducta de negativa a prestaciones personales, dejándolo a la libre decisión particular de los correligionarios; otra, que éstos se han manifestado dispuestos a realizar algún tipo de actividad²⁴.

²¹ No es nuestro objetivo ahondar en estas manifestaciones del pasado. Conocidos son los supuestos de los primeros objetores de conciencia al S.M. (Jesús Martín Nohales, Alberto Contijoch Berenguer, Antonio Sánchez Medina, Tomás Gil Albert), todos Testigos de Jehová, que pasaron —el que menos seis, el que más doce— unos cuantos años en prisión. Sobre este tema, remitimos al amable lector a J. JIMENEZ, *La objeción de conciencia en España*, Edicusa, Madrid, 1973. Más reciente, J. OLIVER ARAUJO, *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1993. Desde otras perspectivas, AA.VV., *Con razón, insumisión*, Editorial Revolución, Madrid, 1990, págs. 118-125 y 132 y ss.

Únicamente, aunque de poco consuelo pueda servir el mal de muchos, decir que esta situación no nos era exclusiva. También, por ejemplo, en Italia se vivió la *spirale delle condanne*. Vid. R. VENDITTI, *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1994, págs. 83-88.

²² «El acusado infringe un deber, la realización de la P.S.S., impulsado o coaccionado por lo que él se representa como un mal inevitable de entidad superior, la condena de su alma o la pérdida de la vida eterna, de acuerdo con la confesión que profesa, agotando con anterioridad las vías de solución del conflicto que le ofrece el ordenamiento jurídico, teniendo notablemente disminuidas sus facultades de elección, aunque no suprimidas, debido a la educación religiosa recibida desde la infancia, y a la presión o influencia que ejercen sobre él su entorno familiar y la comunidad en la que él vive, que le determinan, en gran medida, a cometer “un delito necesario”, so pena de no acceder a la vida eterna» (F.D. 3.º).

²³ «La rigidez de los esquemas morales del acusado le han conducido a una ofuscación del raciocinio y a perder el pleno dominio de su voluntad, disminuyendo notablemente sus facultades de elección, que le ha condicionado, ante una situación de conflicto creada por la educación religiosa recibida desde la infancia y la presión ejercida sobre él por su entorno familiar y comunitario, a infringir el deber de la P.S.S., según apreciación del juez *a quo* que el Tribunal asimismo estima concurrente en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, y por ello es correcta la valoración de la prueba plasmada en relato histórico de la sentencia y acertada asimismo la apreciación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal —cuyos argumentos se dan por reproducidos—» (F.D. 2.º).

²⁴ Ciertamente que no en las condiciones actualmente establecidas, sino como un servicio completamente autónomo del militar. Cf. R. MAZZOLA, «Obiezione di coscienza “totale” e principio di

Para los que han proseguido con su negativa en el marco de la P.S.S., los motivos religiosos no han sido más relevantes que los de otro tipo a la hora de su valoración por la judicatura, quizás, en parte, porque la anterior división ni conceptualmente, ni mucho menos en la práctica, puede pretenderse en toda circunstancia como pura. Es así que se han pronunciado sentencias condenatorias apreciando, o no, la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal en la conducta juzgada, cualesquiera —y en ambos casos— que fueran las razones patrocinadoras de la insumisión. Y así, a título meramente ejemplificativo, si la citada Sentencia 522/1992, de 17 de diciembre, del J.P. número 5 de Alicante²⁵, considera que la actitud de un Testigo de Jehová, insumiso, constituye un «delito necesario», imponiéndole —por la concurrencia de eximente incompleta de estado de necesidad— la pena de cinco meses de arresto mayor; contrariamente, la A.P. —Sección XVI— de Madrid, en Sentencia 482/1992, de 1 de octubre²⁶, impone la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, al entender que:

«La simple alegación, por tanto, de ser Testigo de Jehová y que la P.S.S. es contraria a sus ideas religiosas bastaría para que, aplicando la atenuante analógica de autos, la pena a imponer fuera la de cuatro meses de arresto mayor, lo que evidentemente sería contrario a lo establecido en la L.O. 8/84 y en el libro primero del C.P., ya que a lo largo de toda la actividad legislativa que culminó en la L.O. 8/84, *se conoció por el Legislador con exactitud la posición al respecto de los Testigos de Jehová, pese a lo cual estableció como pena privativa de libertad a imponer a los objetores de conciencia que rehusaren cumplir la P.S.S. la de prisión menor en sus grados medio o máximo, sin excepción alguna, habiéndose desestimado por el T.C. todos los motivos de inconstitucionalidad planteados al respecto en las S.S. 160 y 161 de 1987 ya citadas*»²⁷.

En relación con los móviles impulsores de la conducta analizada, es curioso constatar que a nivel de Tribunales no se ha esgrimido en España, que sepamos, el argumento de la consideración de ministros de culto por parte de los Testigos de Jehová, y todo con el fin de alegar una pretendida discrimina-

ragionevolezza: il caso dei Testimoni di Geova», *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, 1, 1993, especialmente págs. 168 y ss.; P. MONETA, «Obiezione di coscienza. II) Profili pratici», *Enciclopedia Giuridica*, XXI, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, pág. 3; V. TURCHI, «Obiezione di coscienza», *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, XII, U.T.E.T., 1995, pág. 536; R. VENDITTI, *L'obiezione...*, cit., págs. 178-181.

²⁵ Corroborada por la A.P. —Sección 1.^a— de Alicante, en Sentencia 310/1993, de 15 de abril. *Vid.* notas 22 y 23.

²⁶ Revoca la Sentencia de 1 de junio de 1992, del J.P. número 23 de Madrid. En ésta, considerando concurrente atenuante analógica muy cualificada (art. 10.9 en relación con el artículo 10.8, todos del Código Penal), se impuso la pena de cuatro meses de arresto mayor, por el rehúse de la prestación, a un Testigo de Jehová.

²⁷ F.D. 4.º; subrayado nuestro.

ción respecto de los ministros de culto de otras confesiones, que quedan exonerados del servicio de armas²⁸. Es evidente que si tal exención existiera no nos estaríamos planteando problemas de objeción de conciencia ni de rechazo a servicio alguno. No obstante, puede que la carencia de tal alegato encuentre su justificación en la suerte adversa que ha corrido el mismo cuando se ha procurado hacerlo valer en otros países de nuestro entorno²⁹.

c) *La beligerancia insumisa. Grupos en que se integra*

Los acusados del delito de rehúse a la prestación social, en defensa de su actitud, siempre han esgrimido sus certeras interioridades de conciencia, que, según los casos, las defensas penales han juridificado, básicamente, a través de los institutos legales del error de prohibición (art. 6 bis C.P.), legítima defensa (art. 8.4 C.P.), estado de necesidad (art. 8.7 C.P.) y cumplimiento de deber o

²⁸ En España, la prevalencia del ministerio religioso únicamente se reconoce a ciertas autoridades eclesíásticas católicas. Así, el artículo VI del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las fuerzas armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, señala: «A fin de asegurar la debida atención pastoral del pueblo, se exceptúan del cumplimiento de las obligaciones militares, en toda circunstancia, los obispos y asimilados en Derecho». En cambio, respecto de las demás confesiones (protestantes, judíos y musulmanes) con las que se ha celebrado Acuerdos de cooperación (Leyes núms. 24, 25 y 26, todas de 10 de noviembre de 1992), nada se establece en este sentido. Para D. BASTERRA MONSERRAT, «Acuerdo Estado Español-Federación Evangélica», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, VII, 1991, pág. 587 —y con referencia al Acuerdo con los evangélicos—, constituye una muestra más de la continuada desigualdad de trato que ofrecen comparadamente los Acuerdos con católicos y protestantes. Cf. —con más amplitud de Acuerdos—, A. MOTILLA, «Proyectos de Acuerdo entre el Estado y las federaciones evangélica y judía: Primeras valoraciones», *Revista de Derecho Público*, 1991, págs. 573 y ss.; R. M. RAMÍREZ NAVALÓN, «Los ministros de culto», en AA.VV., *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca, 1995, pág. 149.

Por lo que a Italia respecta, también a los ministros de culto adventistas del Séptimo Día y judíos se les concede exonerarse del S.M. (arts. 6 y 2 de la respectiva *Intesa*). Otro tanto pretenden los islámicos respecto de sus *guide del culto* (art. 2 Bozza di Intesa. Puede verse en *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 1993/2, págs. 561-571). Negando que todos los Testigos de Jehová puedan ser considerados como ministros de culto, sino sólo quienes ocupan el vértice de su orden jerárquico, *vid.* R. MAZZOLA, *Obiezione di coscienza «totale»...*, cit., págs. 162-166.

²⁹ Nos estamos refiriendo, en concreto, al caso *Grandrath*. Con base en la existencia de razones objetivas y desprovistas de arbitrariedad, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha rechazado que exista discriminación en la exención de toda prestación concedida por la Ley alemana a los eclesiásticos que se consagran a tiempo pleno a su ministerio religioso, respecto de un Testigo de Jehová que rechazó todo servicio (Informe de 12 de diciembre de 1966 —Demanda 2299/64; Albert Grandrath contra la R. F. Alemana—. *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 67, pág. 627). Cf. R. ERGEC, «Les dimensions européennes de l'objection de conscience», en AA.VV., *Conscientious objection in the E.C. countries-L'obiezione di coscienza nei paesi della Comunità Europea*, Atti dell'incontro Bruxelles-Lovanio, 7-8 dicembre 1990, Giuffrè, Milano, 1992, págs. 14 y ss.; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La protección internacional de la libertad religiosa», en AA.VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, pág. 235.

En Italia, ha acontecido otro tanto de lo mismo en cuanto al rechazo judicial de esta pretensión. Cf. R. MAZZOLA, *ibid.*, pág. 165.

ejercicio de un derecho (art. 8.11 C.P.). El fin último con ello pretendido, al menos aparentemente³⁰, ha sido la libre absolución de los cargos imputados. Pero no habiéndose, en una gran porción de ocasiones, obtenido este resultado, nos encontramos en la práctica con que algunos de estos condenados, adoptando una postura propiciada por los grupos pro-insumisión —y a los fines de una pronta y mayor publicidad con repercusión pública— han hecho dejación de su derecho al recurso, consintiendo, así, la firmeza de la sentencia³¹.

Esta pasiva y omisiva actitud ha sido criticada por la doctrina³². Posición con la que puede coincidirse —en cuanto que revela una postura de desobediencia civil— porque tal comportamiento de los insumisos parece reflejar el rechazo —no creer en— del sistema, y no una actuación contra una concreta norma. Lo que no puede compartirse —al menos sin matizaciones— es la opinión del autor citado, en la nota anterior, en el sentido de que no se renuncie al recurso, sino que se alegue la vulneración de preceptos constitucionales, base para poder incoar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y a los fines de que se pronuncie de nuevo sobre la constitucionalidad de la normativa vigente. En nuestra opinión, con la perspectiva que da el tiempo transcurrido, está bien que se haga uso del *ius ut procedatur*; pero debe hacerse litigando con base en razones jurídico-penales (y sólo constitucionales en cuanto ligadas con ellas), por cuanto que la actuación procedimental —con alegación de derechos fundamentales—, a los fines del recurso de amparo, como se sugiere doctrinalmente, está abocada al fracaso, al menos las que pretenden ampararse en el artículo 16 C.E., ya que el Tribunal Constitucional ha consolidado su doctrina contenida en las Sentencias 160 y 161, ambas de 27 de octubre de 1987, como tendremos ocasión de ver.

Pero los grupos que propician la negativa a realizar la P.S.S.³³ no se han limitado sólo a pedir a sus asociados o simpatizantes no recurrir las sentencias condenatorias, sino que también:

³⁰ N. GARCÍA RIVAS, «Los delitos de insumisión en la legislación española», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLV, septiembre-diciembre 1992, págs. 907 y s., considera que, desde el punto de vista penal, son «extrañas» a los asuntos enjuiciados la alegación de la legítima defensa o el cumplimiento de un deber y que si se han valer por las defensas es únicamente para ganar tiempo en obtener sentencias condenatorias.

³¹ Así ha acontecido, entre otros, en los supuestos juzgados y resueltos por las siguientes Sentencias: las 37, 38 y 39, todas de 1 de febrero de 1991 y del J.P. número 1 de Albacete; las Sentencias 30, 31 y 32, de igual fecha que las anteriores y del número 2 de Albacete, así como la 197, de 15 de junio de 1992, de este mismo Juzgado; Sentencia 474, de 6 de septiembre de 1991, del J.P. de Palencia, y Sentencia 533, de 30 de diciembre de 1992, del J.P. número 1 de Pamplona (Auto de 8 de marzo de 1993, declarando la firmeza).

³² N. GARCÍA RIVAS, «Los insumisos en prisión: el máximo rigor penal contra la objeción de conciencia», *Jueces para la democracia*, 11, 12/1990, págs. 15-17.

³³ Entre otros, y como más conocidos, Movimiento de Objeción de Conciencia (M.O.C.), Mili KK, etc. En cuanto a bibliografía más específica sobre los mismos: *vid.* nota 1 y 21. Existen, además, publicaciones periódicas cuyo contenido es favorecedor de la objeción y/o insumisión: *En peu de pau*, *La puça i el general* y *Papeles para la paz*. En esta última, el número 38 se dedica monográficamente al «Debate sobre la objeción de conciencia», con amplios contenidos sobre la insumisión.

- Arropan al insumiso, incluso proporcionándole defensa técnica (en numerosos supuestos el letrado, e incluso la representación procesal, son unas mismas personas)³⁴.
- Muy en relación con el punto anterior, pretenden —y llevan en ocasiones a la práctica—, que por cada acusado de insumisión se presenten, ante los jueces instructores de estas causas, cuatro personas que se autoinculpan de inducción a la misma³⁵.
- Todo ello, para procurar «movilizar» a la opinión pública, cuando menos llamar su atención, siendo éste uno de sus principales objetivos³⁶.
- Propugnan la objeción de conciencia fiscal³⁷, en su sentido de detraer del pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (I.R.P.F.), la parte destinada, porcentualmente en teoría, a gastos de defensa y militares.

No vamos a entrar en figura tan controvertida³⁸; no obstante, entendemos

³⁴ Sin embargo —y queda la duda de si no será una nueva estrategia—, tres insumisos valencianos solicitaron su autodefensa en los correspondientes juicios; en uno de ellos la controversia, a través de recurso de amparo, se elevó al Tribunal Constitucional, siendo desestimado el amparo por sentencia de 6 de febrero de 1995.

Pero entre los resguardados por los colectivos se mantiene una actitud activista considerable. Encontramos así, entre las resoluciones (v. gr. el caso fallado por la Sentencia 33/1993, de 22 de junio, de la A.P. de Cáceres), quienes han llegado a autodenunciar su negativa prestacional.

«El caso más impresionante, el que demuestra la fuerza del fenómeno y el convencimiento de los acusados, es el que se dio en Pamplona, en el que cuatro insumisos renunciaron a la pena de menos de un año, solicitando la máxima —llamada 2-4-1— para solidarizarse con los ya encarcelados». Vid. PAU TODO, «Insumisión», *Ajoblanco*, mayo 1993, pág. 55.

³⁵ Cf. J. R. SALCEDO HERNÁNDEZ, «La insumisión», en *La objeción...*, cit., pág. 205.

«Cinco jóvenes fueron juzgados ayer en el Palacio de Justicia de Murcia por un delito de insumisión. Uno de ellos fue acusado de negarse a cumplir el S.M. y los restantes de inducirle a la comisión de dicho delito. El fiscal pidió para cada uno de ellos dieciocho meses de prisión, aunque en el acto de la vista oral solicitó, para los cuatro últimos, dos meses de arresto y multa de 100.000 pesetas si el juez los consideraba autores de una simulación de delito» (A.B.C., 17 de junio de 1993).

Pero en la mayoría de los casos prefiere «hacerse oídos sordos»: «... hubo testigos que abiertamente reconocieron haberle incitado a la insumisión, algo que, hoy por hoy, es un delito, pero las palabras quedaron flotando en el aire, como si nunca se hubieran pronunciado» (Información de Alicante, 31 de marzo de 1994, pág. 7).

³⁶ Cf. J. OLIVER ARAUJO, *La objeción...*, cit., pág. 191.

³⁷ Cf. J. R. SALCEDO HERNÁNDEZ, «La insumisión», en *La objeción...*, cit., pág. 212. Cuestión que también está en la calle periódicamente, *Diario Información de Alicante*, «Los insumisos a favor de la objeción de conciencia fiscal», 6 de mayo de 1995, pág. 7.

³⁸ Sobre la materia, sin ánimo de complitud: J. M. ALONSO-VEGA ALVAREZ, «La objeción de conciencia al servicio militar y la objeción de conciencia fiscal», *Revista General de Derecho*, núm. 543, diciembre 1989, págs. 7855-7878; AA.VV. (a cura di A. Drago y G. Mattai), *L'obiezione fiscale alle spese militari. Quale pace? Quale difesa?*, Gruppo Abele, Torino, 1986; M. G. BELGIORNO DE STEFANO, «Obiezione di coscienza selettiva e obiezione fiscale», *Il Diritto Ecclesiastico*, I, 1987, págs. 25-43; J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico Español*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1.ª ed., Madrid, febrero 1989, págs. 223 y s.; F. LÓPEZ ZARZUELO, «Reflexiones en torno a la objeción fiscal», *Comunicación al IV Congreso Internacional de Derecho Ecle-*

que tal forma de actuación no deja de ser coherente por parte de quienes se manifiestan objetores de conciencia al S.M., al menos los que se basan en ideas pacifistas y antimilitaristas. Precisamente lo que no parece lógico es que quien participe de tal objeción porque a su conciencia le repugne el Ejército, por el contrario contribuya «alegremente» a su mantenimiento y existencia. Sin embargo, tal pretendida objeción ha sido rechazada por cuantos Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema y así —y sin ánimo exhaustivo— desde la Corte Constitucional³⁹, y el Tribunal Supremo⁴⁰, hasta los Tribunales Superiores de Justicia de Comunidad Autónoma⁴¹.

Las razones fundamentales utilizadas por la doctrina forense son: que la normativa vigente no reconoce la denominada objeción de conciencia fiscal, no desprendiéndose de los artículos 16 y 30 de la C.E., sino más bien todo lo contrario del artículo 31 de la misma Norma; que la deducción practicada por los recurrentes no está contemplada en la legislación reguladora del I.R.P.F.; y, en todo caso, sería un problema estrictamente político cuya resolución no corresponde al Tribunal, no siendo pertinente que los particulares dispongan la política presupuestaria, reducto de las Cortes Generales.

Únicamente terminar diciendo que —sea defendible o no este tipo de objeción— debe coincidirse con Alonso-Vega Alvarez en que la forma de practicar la deducción del I.R.P.F. —tal y como se está realizando— no es la que exige la ortodoxia basada en los principios constitucionales⁴².

siástico del Estado, Valladolid, 1988, págs. 381-399; A. MARTÍNEZ BLANCO, *Derecho Eclesiástico...*, cit., págs. 152 y ss.; R. NAVARRO-VALLS y R. PALOMINO, «Las objeciones de conciencia», en AA.VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, págs. 1114-1119; P. DE OTADUY, «La objeción fiscal y laboral», en *Papeles para la Paz*, núm. 38, págs. 253-263; PÉREZ DE AYALA, «La ética fiscal como problema», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IV, 1990, págs. 265 y ss.

³⁹ Providencia de 28 de junio de 1990, en que se reitera doctrina de las Sentencias del propio Tribunal 160 y 161/1987, de 27 de octubre. Vid. R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Servicio Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1992, págs. 115 y ss. y 140 y ss., con el que debe coincidirse en cuanto a las observaciones que formula. El Alto Tribunal ha vuelto a pronunciarse en el mismo sentido en el Auto 71/1993, de 1 de marzo, inadmitiendo a trámite el recurso de amparo formulado contra la Sentencia de 29 de mayo de 1992 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Vid. «Jurisprudencia constitucional», XXXV, B.O.E., enero-abril 1993, págs. 1673-1676.

⁴⁰ Sentencia de 11 de mayo de 1988, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 4150, págs. 4086 y s.

⁴¹ Sentencia de 9 de enero de 1988, de la Audiencia Territorial de Zaragoza (ponente: señor Cano Mata), *Revista Jurídica La Ley*, 1988-1, 432; Sentencia de 24 de mayo de 1989, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana —Sala de lo Contencioso-Administrativo— (ponente: señor Martínez Corral), *Revista Jurídica La Ley*, 1989-4, 590; Sentencia de 2 de abril de 1990, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Cataluña —Sala de lo Contencioso-Administrativo— (ponente: señor Barrachina Juan), *Revista Jurídica La Ley*, 1991-1, 636.

⁴² J. M. ALONSO-VEGA ALVAREZ, *La objeción de conciencia...*, cit., pág. 7874. El autor aboga por la legitimidad constitucional de la objeción fiscal y ofrece la fórmula correcta de practicarla.

d) *Otros procedimientos ante los Tribunales*

No todos los condenados, por supuesto, han secundado esta postura, pudiéndose encontrar, inversamente, una variada gama de posiciones: son muchos los que sí han hecho valer su derecho al recurso de apelación, acudiendo a la superior instancia de la Audiencia Provincial, por lo general, con suerte adversa. Es muy significativo que, en ningún caso, las Audiencias Provinciales hayan rebajado —revocando la Sentencia—, la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal⁴³; contrariamente, cuando ha habido revocación ha sido para imponer pena superior a la señalada en la instancia⁴⁴. En los supuestos en que las Audiencias mantienen una penalidad por debajo de la mínima legal de los dos años, cuatro meses y un día, tal condena inferior ya partía del Juzgado de lo Penal⁴⁵.

Vedado el acceso, por la vía penal, al Tribunal Supremo⁴⁶, las actuaciones judiciales han llegado a residenciarse, en alguna ocasión, ante el Tribunal Constitucional. Al menos se ha pretendido. Esta misma intención se ha tenido respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La culminación ante el Tribunal Constitucional ha seguido dos caminos: el indirecto, intermediado por los órganos judiciales, merced al sometimiento de

⁴³ Así, las Sentencias 75/1991, de 3 de junio, de la A.P. —Sección 1.ª— de Murcia; la 105/1992, de 26 de octubre, de la A.P. —Sección 2.ª— de Navarra; la de 13 de marzo de 1993, de la A.P. —Sección 2.ª— de Las Palmas de Gran Canaria, y la 58/1993, de 8 de junio, de la A.P. —Sección 4.ª— de La Coruña, que confirman, respectivamente, las Sentencias 41/1991, de 16 de febrero, del J.P. número 3 de Murcia; la 174/1992, de 4 de mayo, del J.P. número 2 de Pamplona; la de 30 de septiembre de 1992 del J.P. número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, y la 102/1993, de 1 de abril, del J.P. número 1 de Santiago de Compostela. Todas habían impuesto la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor.

⁴⁴ Las Sentencias 68/1991, de 24 de junio, de la A.P. de Salamanca; 60/1992, de 13 de julio, de la A.P. de Avila (publicada en *Actualidad Penal-Audiencias*, 4, abril 1993, 60, págs. 185-187); 485/1992, de 1 de octubre, de la A.P. —Sección XVI— de Madrid, y la 349/1993, de 23 de septiembre, de la A.P. —Sección 3.ª— de Zaragoza, imponen la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, revocando la menor pena impuesta, respectivamente, por las siguientes Sentencias: 104/1991, de 6 de marzo, del J.P. de Salamanca (nueve meses de prisión menor); 111/1992, de 31 de marzo, del J.P. de Avila (seis meses de arresto mayor); la de 1 de junio de 1992, del J.P. número 23 de Madrid (cuatro meses de arresto mayor), y la Sentencia de 16 de junio de 1993 del J.P. número 2 de Zaragoza.

⁴⁵ Así la Sentencia 75/1992, de 3 de febrero, del J.P. número 4 de Madrid, que había absuelto al acusado, fue revocada por la A.P. —Sección 2.ª— de Madrid, en Sentencia 491/1992, de 5 de octubre, pero impuso, únicamente, la pena de cuatro meses de arresto mayor. Otro tanto ocurre con la Sentencia de 30 de marzo de 1993, de la A.P. —Sección 1.ª— de San Sebastián, que sancionó con cuatro meses y un día de arresto mayor, revocando la pena de un mes y un día de arresto mayor que había fijado la Sentencia 84/1992, de 2 de marzo, del J.P. número 2 de San Sebastián.

Por otro lado, la respectiva A.P. respetó el castigo fijado por la Sentencia 234/1992, de 7 de octubre, del J.P. de Soria (cuatro meses y un día de arresto mayor), y la Sentencia 522/1992, de 17 de diciembre, del J.P. número 5 de Alicante (cinco meses de arresto mayor).

⁴⁶ Artículo 14 L.E.Crim. (tras la reforma operada por la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre) en relación con el artículo 847.1 de la misma Ley.

cuestión de inconstitucionalidad; y el directo —agotadas las vías previas— y personal del recurso de amparo.

Prescindiendo de mayores profundizaciones en cuanto a pronunciamientos suscitados en otros ámbitos (Recursos de amparo decididos por las Sentencias 15/1982, de 23 de abril⁴⁷; 23/1982, de 13 de mayo⁴⁸; 25/1982, de 19 de mayo⁴⁹; 40/1982, de 30 de junio⁵⁰ y 35/1985, de 7 de marzo⁵¹; interpuestos todos, con base en la Constitución, antes de la promulgación de las leyes reguladoras de la objeción de conciencia; con excepción del inadmitido por Auto 177/1988, de 8 de febrero⁵². Recurso de inconstitucionalidad número 263/1985 incoado por el Defensor del Pueblo contra la legislación señalada y resuelto por la célebre Sentencia 160/1987, de 27 de octubre⁵³. Las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas por la Audiencia Nacional, acerca del rango de orgánica, o no, de la ley reguladora de la objeción de conciencia al S.M. y la posibilidad de la objeción sobrevenida: Sentencia 161/1987, de 27 de octubre⁵⁴. Y un suceso menos conocido, al menos intratado por la doctrina, es el conflicto de competencia suscitado por el Gobierno de la Nación contra el apartado 1 del artículo 7 del Decreto 40/1989, de 24 de febrero, de la Generalidad de Cataluña⁵⁵; finalmente, como consecuencia de coyunturas políticas, desistido⁵⁶), la Corte Constitucional, con motivo de asuntos penales, ha tenido que conocer de diversos supuestos:

1. El Juzgado Territorial número 46 de Justicia Militar de Pamplona planteó al Tribunal Constitucional si era acorde a la Ley de leyes la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento de los delitos de negativa al cumplimiento del S.M., por parte de quienes no se habían incorporado a filas. La cuestión

⁴⁷ Sala Primera. Recurso de amparo 205/1981. Ponente: señora Begué Cantón. *B.O.E.*, número 118, de 18 de mayo.

⁴⁸ Sala Primera. Recurso de amparo 253/1981. Ponente: señora Begué Cantón. *B.O.E.*, número 137, de 9 de junio.

El Auto 108/1981, de 29 de octubre, había resuelto, favorablemente, sobre la suspensión de la orden de incorporación a filas del solicitante del amparo.

⁴⁹ Sala Primera. Recurso de amparo 418/1981. Ponente: señor Escudero del Corral. *B.O.E.*, núm. 137, de 9 de junio.

El Auto 100/1982, de 24 de febrero, resolvió también afirmativamente la suspensión de la orden de incorporarse al S.M. del recurrente.

⁵⁰ Sala Segunda. Recurso de amparo 64/1982. Ponente: señor Arozamena Sierra. *B.O.E.*, número 169, de 16 de julio.

⁵¹ Sala Primera. Recurso de amparo 444/1984. Ponente: señor Escudero del Corral. *B.O.E.*, núm. 74, de 27 de marzo.

⁵² *Jurisprudencia Constitucional*, tomo XX, 1988, págs. 1325-1327.

⁵³ Pleno. Ponente: señor De la Vega Benayas. *B.O.E.* de 12 de noviembre de 1987, corrección errores *B.O.E.* de 10 de diciembre.

⁵⁴ Pleno. Cuestiones de inconstitucionalidad 34, 35, 600 y 702/1986. Ponente: señor Latorre Segura. *B.O.E.* de 12 de noviembre de 1987, corrección errores *B.O.E.* de 10 de diciembre.

⁵⁵ Después redactado de nuevo por el D. 161/1989, de 3 de julio. Conflicto positivo de competencia 2248/1989, *B.O.E.*, núm. 110, de 8 de mayo de 1990, pág. 12157.

⁵⁶ Auto de 18 de enero de 1994, *B.O.E.*, núm. 30, de 4 de febrero de 1994, pág. 3665.

fue decidida, en el sentido de que tal asignación no contrariaba el artículo 117.5 en relación con el 24.2, ambos de la C.E., por la Sentencia 60/1991, de 14 de marzo⁵⁷. La problemática volvió a suscitarse —si bien en este caso ante el Tribunal Supremo, y con el mismo desenlace negativo— por un insumiso que se arrogaba la condición de objetor en el caso fallado por la Sentencia del T.S. (Sala 5.^a) de 24 de junio de 1991⁵⁸.

La controversia queda ya para el pasado merced a la L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar⁵⁹, que atribuye el conocimiento de los hechos criminosos relatados a la jurisdicción ordinaria.

2. La A.P. —Sección 2.^a— de San Sebastián planteó una cuestión de inconstitucionalidad, por entender discriminatorio que las mujeres estén exentas del S.M.⁶⁰ Este sentir se suscitó por la Audiencia al conocer del recurso de apelación contra la Sentencia 85/1992, de 2 de marzo, pronunciada por el J.P. número 2 de San Sebastián. El Tribunal Constitucional no la admitió a trámite⁶¹.

Del mismo modo, la A.P. de León, en Sentencia de 6 de junio de 1994, rechazó las razones sexistas y discriminatorias alegadas por el acusado, insumiso al S.M.⁶²

La cuestión, en cuanto discriminatoria, ha sido también planteada en el ámbito contencioso-administrativo, siendo rechazada por todas las decisiones judiciales que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia⁶³. Si bien,

⁵⁷ Ponente: señor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. *B.O.E.*, núm. 91, de 16 de abril.

La Sentencia contó con el voto particular de De la Vega Benayas, no siendo recibida «pacíficamente» por la doctrina. Cf. A. IBÁÑEZ-MOVILLA ALVAREZ, *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 184-188; J. CAMARASA CARRILLO, *S.M. y objeción de conciencia. Régimen jurídico de la exención del S.M. por motivos de conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 209-213; A. CANO MATA, *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, XI-1.º, enero-abril de 1991, págs. 222-224; DIEZ PICAZO, *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 39; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La jurisdicción militar en la doctrina constitucional» (Comentario a la S.T.C. de 14 de marzo de 1991), *Revista General de Derecho*, números 562-563, julio-agosto 1991, págs. 5847-5867; J. M. GARCÍA LABAJO, «La sumisión de los “insumisos”. Comentario a la S.T.C. (Sala Pleno) 60/91, de 14 de marzo», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 3, 1991, págs. 3-18.

⁵⁸ Ponente: señor Sánchez del Río Sierra, *Actualidad Penal*, núm. 38, semana 14, 20 de octubre de 1991, págs. 1443-1446.

⁵⁹ *B.O.E.*, núm. 305, de 21 de diciembre.

⁶⁰ Con evidentes errores, escribía *El País*, 15 de mayo de 1993, pág. 31: «... la audiencia donostiarra cree que no se cumple el principio de igualdad entre los ciudadanos cuando en la Ley de Objeción de Conciencia se dice: “Las mujeres están exentas del S.M. Podrán ser llamadas a cumplir determinados servicios de las Fuerzas Armadas de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional”». *Vid.* también *El Mundo* del País Vasco, de 28 de mayo de 1993, págs. 1 y 25.

⁶¹ *El País*, 21 de julio de 1993, pág. 16. Información confirmada por el titular del mencionado J.P., señor Filgueira Bouza; nuestro agradecimiento.

⁶² *Sentencias de las Audiencias Provinciales* «Ledico», 16 al 30 de septiembre, 18-1994, núm. 2269, págs. 4464-4467 (F.D. 4.º y 5.º).

⁶³ Son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo constituidoras de doctrina jurisprudencial; a título meramente ilustrativo: las de 24 de noviembre de 1991, Sala 3.^a —Sección 7.^a (po-

en un principio, los Tribunales pudieron resolver con el argumento consistente en que el S.M. de la mujer pendía de regulación legal; posteriormente, este argumento judicial devino inservible, en cuanto que la esperada regulación desembocó en la exención contenida en la L.O. del S.M. de 1991⁶⁴.

Este es un tema, de los pocos, en que ciertamente puede entenderse que nuestro ordenamiento mantiene una desigualdad jurídica, y lo hace en perjuicio del hombre⁶⁵. La única razón para entender que la mujer no está obligada al S.M., sin que tal justificación se base en la diferencia de sexo, es refugiarse en razones históricas dado que el hombre es el que siempre ha tenido que empuñar las armas. La dificultad procede de que tales razones históricas, en el fondo, no se fundan más que en la discriminación sexual, en la antaño *imbecillitas sexus*. No hay justificación, pues, para que la mujer no participe de este deber legal⁶⁶.

3. Mejor suerte, al menos por ahora al haber sido admitida a trámite, ha corrido la cuestión de inconstitucionalidad elevada al supremo intérprete de la Constitución por la Sección 1.ª de la A.P. de Sevilla, y que ha entendido desmesurado el régimen penal del rechazo a la prestación social⁶⁷. De esta ma-

nente: señor Sánchez-Andrade y Sal). *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 1991, núm. 8732, pág. 11903 y s.; 28 de enero de 1994, Sala 3.ª —Sección 7.ª (ponente: señor Murillo Martín de los Santos). *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 1994, núm. 433, págs. 567-569, y 3 de octubre de 1994, Sala 3.ª —Sección 7.ª (ponente: señor Cancar Lalanne). *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 1994, núm. 7843, págs. 10228-10231.

⁶⁴ Artículo 11.2: «Las mujeres están exentas del S.M. Podrán ser llamadas a cumplir determinados servicios en las Fuerzas Armadas, de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional». *Vid.* F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El nuevo diseño del S.M.: La L.O. 13/1991, de 20 de diciembre», *Revista de Administración Pública*, núm. 129, septiembre-diciembre 1992, págs. 91 y s., para quien, desde la perspectiva de que la contribución a la defensa de España es no sólo un deber sino también un derecho, no resulta clara la constitucionalidad de la fórmula legal acuñada; como también es discutible la misma desde la óptica de la consideración del S.M. como una obligación.

⁶⁵ Lo que no deja de parecer un contrasentido si se examinan otras parcelas del ordenamiento. Así, en materia civil, las reformas operadas por las Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio, ambas de 1981, tuvieron en gran medida su razón de ser en la equiparación jurídica hombre-mujer. Por si fuera poco, el B.O.E., núm. 250, de 18 de octubre de 1990, publica la Ley 11/1990, de 15 de los mismos mes y año, que lleva por título, precisamente, «sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo».

⁶⁶ Cf. J. E. MARTÍNEZ JIMÉNEZ y A. M. MORENO MOLINA, «Principio constitucional de igualdad y no prestación del S.M.», en *El principio de igualdad en la Constitución española*, I, XI Jornadas de estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 633-650, para quienes la mujer debe integrarse en el S.M. obligatorio, ya que no hay razones técnico-castrenses que lo impidan, pues la estructura puede perfectamente adaptarse sin grandes problemas; y las razones culturales, que sí tienen más peso específico, son sin embargo constitucionalmente irrelevantes.

⁶⁷ «El Tribunal Constitucional, por providencia de 12 de abril actual, ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 961/1994, planteada por la Sección 1.ª de la A.P. de Sevilla, respecto del artículo 2.3, en la parte que dice “en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena”, de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, de regulación del régimen de recursos en casos de objeción de conciencia y su régimen penal, por posible oposición al principio de proporcionalidad derivado de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la C.E.» (B.O.E., núm. 95, de 21 de abril de 1994, pág. 12329).

nera, el Alto Tribunal habrá de retomar tan relevante tema, ya que cuando fue planteado por el Defensor del Pueblo, en su recurso de inconstitucionalidad, se pronunció al respecto muy escuetamente y de forma esquiva.

En cambio, la A.P. de Pontevedra, en Sentencia de 18 de enero de 1993, no accedió a someter ante el Constitucional una cuestión en términos semejantes, aunque no absolutamente coincidentes⁶⁸.

Por lo que concierne a recursos de amparo, conocemos dos supuestos — ambos en el entorno de la insumisión al S.M., aunque uno de ellos con importantes implicaciones en el ámbito de la P.S.S.— interpuestos con alegación de razones de conciencia. Ambos han corrido idéntica fortuna, desfavorable a los recurrentes.

En uno, atendido por Sentencia 204/1994, de 11 de julio⁶⁹, el T.C. ha defraudado las legítimas esperanzas⁷⁰ de que resolvería una cuestión controvertida: la negativa a continuar cumpliendo el S.M., manifestada a través de lo que serían desobediencias sucesivas o deserciones en cadena.

En el otro, el T.C., consolidando su doctrina de las tan citadas Sentencias 160 y 161 de 1987, ha asentado que la objeción de conciencia a la P.S.S. no tiene soporte en la Carta Magna: Sentencia 321/1994, de 28 de noviembre de 1994⁷¹.

Aquí, el interesado basaba en tres los motivos de su recurso: 1) falta de finalidad reeducadora y resocializadora de la pena (art. 25 C.E.). El Tribunal desestima el alegato por falta de previa alegación en su momento; 2) vulneración del principio de igualdad (art. 14 C.E.), por cuanto que otras Sentencias han absuelto al insumiso o han impuesto pena inferior a la del solici-

⁶⁸ «La solicitud que recoge el punto 3.º del escrito de formalización del recurso, acerca de la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 2.3 de la L.O. de 26 de diciembre de 1984, deviene absolutamente extemporánea: primero, porque la norma de que se trata fue declarada válida o, lo que es igual, conforme a los principios constitucionales, por el T.C. en Sentencias 160 y 161 de 27 de octubre de 1987; y segundo, por cuanto la norma llamada a servir de comparación o contraste a la hora de ofrecer justificación de la vulneración del artículo 14 de la C.E. (el art. 127 del C.P. Militar) vino a quedar sin contenido tras la entrada en vigor de la L.O. de 20 de diciembre de 1991 del S.M.» (F.D. 4.º).

⁶⁹ Sala 1.ª Ponente: señor Cruz Villalón. B.O.E., núm. 185, suplemento, de 4 de agosto de 1994, págs. 28-35.

⁷⁰ Avivadas por el Auto, del propio Tribunal, de 22 de junio de 1992, en el que accedió a la suspensión solicitada por el demandante de amparo. En el Antecedente 6 del mismo se recoge como argumentación de la defensa del recurrente que: «Esta situación provocaría al demandante una cadena interminable de procesos por deserción militar, condenándolo reiteradamente por la supuesta comisión de un único delito, que realmente no es más que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia durante su permanencia en filas, figura reconocida en otros países de Europa occidental y asumida por el Parlamento Europeo. Esta cadena reiterada de procedimientos y condenas violentaría de plano el principio *non bis in idem* reconocido en nuestro Derecho interno y en los Tratados de Derecho Internacional». Cf. J. F. LÓPEZ AGUILAR, «A propósito de un reciente Auto de la Sala 1.ª del T.C.», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1643, 5 de agosto de 1992, págs. 121-129 (4597-4605).

⁷¹ B.O.E., núm. 310, suplemento, de 28 de diciembre de 1994, págs. 57-59.

tante de amparo. El Tribunal contesta que no se ha aportado prueba en este sentido; 3) infracción de la libertad ideológica (art. 16 C.E.), que igualmente, desestima el Tribunal con la antes aludida confirmación de su propia doctrina⁷².

En cuanto al intento de «arribar» al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión, reiterando su doctrina, ha rechazado las pretensiones planteadas por insumisos españoles en las Decisiones de 17 de mayo y 3 de octubre, ambas de 1990⁷³.

2. LOS INSUMISOS NO CONVICTOS

El examen de las resoluciones judiciales revela la existencia de una serie de supuestos en que la autenticidad de las pretendidas razones para rehusar el cumplimiento de la prestación social ha de ponerse muy en entredicho. En concreto, se trata de objetores acusados por la relatada causa que, bien porque la convicción hacia tal conducta era inexistente, aunque no querían realizar prestación personal alguna, es decir, ni S.M. ni P.S.S., bien porque no eran suficientemente convictos a la insumisión, a la hora del sometimiento a una acción penal se han arrepentido, ya de su voluntad de no hacer ya de su inicial aunque débil creencia, prefiriendo no arriesgarse a ir a la cárcel.

Independientemente de que algunos de estos casos de supuesta insumisión verdaderamente no fueran tales, sino que realmente integraran sólo los tipos penales del artículo 2.1 ó 2.2 de la L.O. 8/1984 —que sancionan, respectivamente, la ausencia arbitraria del centro donde se realiza la P.S.S. y la falta de presentación al mismo⁷⁴—, los autores de los restantes supuestos en análisis

⁷² «Argumentaba el actor que el único límite al ejercicio de la libertad ideológica es el mantenimiento del orden público. Si se acepta que el no cumplimiento del S.M. por razones de conciencia, también ha de aceptarse la no realización de la P.S.S. por dichos motivos, que por su naturaleza pacifista no pueden vulnerar el orden público.

A la luz de la jurisprudencia constitucional recaída sobre el tema, este último motivo del recurso, sin más argumentación que la transcrita, no puede prosperar. En primer lugar, porque como en varias ocasiones ha declarado este Tribunal (S.S.T.C. 15/1982, 101/1983, 160/1987, 1227/1988), el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 C.E. no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales» (F.J. 4).

⁷³ Vid. *Selección de Dictámenes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado* 1991, Ministerio de Justicia, 1992, pág. 556.

⁷⁴ L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (B.O.E., núm. 311, de 28 de diciembre).

Artículo 2.1: «Al objetor que faltare, sin causa justificada, por más de tres días consecutivos del centro, dependencia o unidad en que tuviese que cumplir la P.S.S., se le impondrá la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo». Redactado por el artículo 8.º de la L.O. 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del C.P. y de la L.O. 8/1984, de

podríamos decir que han hecho probaturas o bravuconadas, que, a la hora de la verdad, se han quedado en alguno de los acabados de mencionar delitos menores y no han querido integrar el tipo del artículo 2.3 de la misma Ley Orgánica 8/84⁷⁵. Hay que inferir, de aquí, que el rechazo prestacional no era debido a profundas interioridades personales (como mucho, en última instancia, que el miedo ha vencido a las mismas), porque no han hecho gala y manifestación expresa y terminante del rehúse a la P.S.S. Diríamos más bien que se trataba de una postura cómoda, creadora de expectativas, sin definición expresa sino manifestadora de una conducta ambigua, caracterizada muchas veces por un simple no hacer, que podía ser integradora, según los casos, del tipo penal del artículo 2.3 pero también de las figuras criminosas del mismo artículo en sus apartados 1.º o 2.º

Cuando se ha llegado a la dura realidad del procedimiento penal.—incluso ante el posible conocimiento de la existencia de las primeras condenas a dos años, cuatro meses y un día de prisión⁷⁶—, los protagonistas en estudio se han manifestado, según los casos, por reconducir sus conductas a las propias del abandono de, o no presentación a, la P.S.S.⁷⁷ En estos supuestos, se ha culminado por conformar acusación por estos delitos, logrando rebajar la pretensión inicial de imputación por rehúse a la prestación. De estas composturas han participado tanto defensores como acusación pública, siendo, por consiguiente, judicialmente acordadas y resueltas⁷⁸.

26 de diciembre, en correlación con el C.P.M. (B.O.E., núm. 296, de 11 de diciembre). La redacción originaria penaba con «prisión menor en su grado mínimo».

Artículo-2.2: «La misma pena se impondrá al objetor que, llamado al servicio, dejare de presentarse injustificadamente en el tiempo y lugar que se señale».

⁷⁵ Artículo 2.3: «Al que habiendo quedado exento del S.M., como objetor de conciencia, rehúse cumplir la P.S.S., se le impondrán las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Una vez cumplida la condena impuesta, quedará excluido de la P.S.S., excepto en caso de movilización».

La diferencia fundamental, como puede comprobarse, entre este delito y los del artículo 2.1 y 2.2 es que, en estos dos últimos, la imposición de pena —dentro de su margen previsto— posibilita la aplicación de la remisión condicional de la condena, aunque no exime de tener que cumplir la prestación; mientras que en aquél se permuta el no tener que desempeñar actividad personal alguna con la prisión, pues, ni aun en su grado mínimo, es aplicable el beneficio de condena condicional.

En cuanto al estudio de todos estos tipos penales, merece mencionarse, aparte otros, a A. MILLÁN GARRIDO, por sus muchos trabajos, entre los que debe destacarse *La objeción de conciencia al S.M. y la P.S.S. Su régimen en el Derecho positivo español*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁷⁶ Entre la literatura puede hallarse hasta breves guías para declararse insumiso, con explicación de las situaciones personales en que puede encontrarse el que así decide actuar. *Vid.* AA.VV. (P. Ibarra), *Objeción e insumisión*, cit., págs. 297-303.

⁷⁷ N. GARCÍA RIVAS, *Los delitos de insumisión...*, cit., págs. 885 y s., califica estas conductas, respectivamente, de «insumisión sobrevenida» e «insumisión impropia»: «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».

⁷⁸ Concretamente, pueden señalarse como supuestos derivados al tipo del 2.1, los resueltos por las siguientes Sentencias, con conformidad de las defensas a la acusación y firmes por mani-

Paradigmático supuesto de esta postura de indefinición del presunto insumiso es el resuelto por la Sentencia 452/1992, de 9 de noviembre, del J.P. número 2 de Pamplona, en el que el juez duda que los hechos enjuiciados puedan incardinarse en el tipo penal del artículo 2.3 por el que se acusaba a aquél, y termina condenando por el delito del 2.2. En esta ocasión, el objetor se había limitado a encabezar y firmar dos escritos «prefabricados» (facilitados por el M.O.C.) en sentido propiciador del rehúse a la P.S.S. Pero en el plenario insistió, por activa y por pasiva, que si no se presentó al lugar de prestación fue por haber transcurrido con exceso el plazo reglamentario de un año en situación de disponible, por lo que entendía que procedía su pase a la reserva y no a la situación de actividad⁷⁹. Esta alegación, como veremos más adelante, ha corrido suerte adversa ante los Tribunales penales; no obstante, ha encontrado alguna acogida en el orden contencioso-administrativo.

Si bien queda clara la falta de autenticidad y firmeza de comportamientos insumisos en estos sucesos, tampoco se nos escapa que la pretensión, como ya adelantamos, es la de librarse de todo servicio, a través de diversas artimañas: renunciar a la condición de objetor⁸⁰, tratar de obtener la exención del período de actividad de la P.S.S. con fundamento en el cuadro médico de exclusiones, etc.

Sin embargo, dentro de este grupo, nos interesa sobre todo hacer hincapié en una actitud, reveladora de maniobras que pretenden dificultar la puesta en práctica de la P.S.S., si no institucionalmente, al menos de forma personalizada: la de quienes, habiendo obtenido la condición de objetor, hacen caso omiso de la resolución de la O.P.S.O.C. que les asigna el lugar concreto en que habrán de realizar la P.S.S. y les señala la fecha de incorporación al

festar el propósito de no recurrir: 40/1992, de 29 de enero, del J.P. número 2 de Valencia (cuatro meses y un día de arresto mayor), y 167/1992, de 5 de mayo, del J.P. número 3 de Girona (seis meses de arresto mayor).

Y como finalmente acusados por el 2.2, con el mismo tipo de pactos: Sentencias de 3 de octubre de 1991 y de 12 de febrero de 1992, ambas del J.P. número 2 de Burgos y con idéntica penalidad (cinco meses de arresto mayor); 254/1992, de 16 de junio, del J.P. número 1 de Girona, que califica los hechos criminosos de delito continuado del ilícito penal citado, y sanciona con seis meses y un día de prisión menor y el mismo Juzgado, en Sentencia 437/1992, de 2 de diciembre, con pena de cuatro meses y un día de arresto mayor.

⁷⁹ «... no puede menos que crearse una duda razonable en el juzgador que ha de favorecer a aquél [el acusado]... Si bien queda acreditada la condición de objetor de conciencia del inculcado y su opinión contraria a la P.S.S., no ocurre lo mismo con su actitud de rehúse efectivo a la realización de dicha prestación en sí misma considerada, ni que ello fuese la causa determinante de su falta de incorporación, factor básico para emitir condena por el número 3 del artículo 2 de la L.O. 8/84» (F.D. 2.º; encorchetado aclaratorio, nuestro).

⁸⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo —Sala 3.ª, Sección 8.ª— de 30 de abril de 1990 (ponente: señor Duret Abeleira), *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 1990, núm. 3327, págs. 4303 y s., se ocupa de un supuesto de renuncia a la condición de objetor. El sujeto en cuestión, por premura de tiempo al solicitar su reconocimiento al C.N.O.C., no quedó excluido del sorteo del S.M., en el cual resultó excedente de contingente. Tras la comunicación de la Administración militar, renunció a la objección de conciencia.

mismo⁸¹. En consecuencia, no se presentan al lugar señalado o, haciéndolo, lo es a los simples efectos de no volver más por el puesto de actividad —con manifestación expresa o no en este sentido—. Pasamos a referirnos, con base en resoluciones judiciales, a tales comportamientos.

Para justificar este tipo de conductas, que han sido residenciadas ante los órganos judiciales penales⁸², se han esgrimido muy diversas razones. Veamos un breve elenco de las mismas, alegadas en supuestos incardinados judicialmente en el tipo del 2.2 L.O. 8/1984, aun cuando no en todos los casos se acusaba por este delito.

— Denegación de prórroga de incorporación a la prestación, pedida por el objetor.

Supuesto contemplado por la Sentencia 384/1992, de 28 de septiembre, del J.P. número 2 de Pamplona. La causa es rechazada, en el entendimiento de que la no concesión de la solicitud no amparaba al objetor a los efectos de la no incorporación, *sin que conste que interpusiera recurso alguno contra la denegación de la prórroga* (F.J. 1.º).

En cambio, por motivos semejantes, y con absolución de los acusados, por concurrir causa justificada, podemos señalar las Sentencias de 13 de julio de 1993, del J.P. número 1 de Salamanca, y la número 3/1993, de 18 de enero, de la A.P. —Sección 1.ª— de Toledo⁸³.

— Necesidades familiares, mala situación económica.

La desestiman por improbada las Sentencias 10/1991, de 17 de enero, del J.P. número 1 de Ciudad Real (F.D. 1.º), 38/1992, de 11 de febrero, del J.P. número 2 de Pamplona (F.J. 1.º), y 535/1992, de 9 de diciembre, del J.P. nú-

⁸¹ Dentro de la picaresca existente, con pretensiones de «escaquearse» de todo servicio al Estado, nos encontramos con los que cambian de domicilio a los fines de no recibir notificación personal, ya de la resolución administrativa aludida, ya de la que les clasifica como «útiles» para realizar la P.S.S. No es así de extrañar que, cada cierto tiempo, aparezcan en el B.O.E. listas de personas en esta situación. Como muestra, *vid.* Resolución de 23 de diciembre de 1994, de la Dirección General de Objeción de Conciencia, por la que se clasifica como «útiles» para realizar la P.S. a determinados objetores de conciencia (B.O.E., núm. 14, de 17 de enero de 1995).

⁸² Actitudes semejantes se han manifestado en el orden contencioso-administrativo; problemática en la que no entramos por exceder de los límites del presente trabajo.

⁸³ *Sentencias Audiencias Provinciales «Ledico»*, quincena del 1 al 15 de abril, 1-1993, número 124, págs. 269-271. Esta Sentencia señala que «uno de los elementos esenciales del tipo examinado lo constituye la exigencia de que la falta de presentación se verifique “injustificadamente”, expresión equivalente a la ausencia “sin causa justificada” de la figura prevista en el apartado 1.º del precepto citado. Este carácter injustificado de la acción, a pesar de su formulación normativa, no debe identificarse con la no concurrencia de una causa de justificación, sino con un elemento descriptivo o delimitador del injusto típico, que desenvuelve sus efectos en el área de la tipicidad más que en el de la antijuridicidad» (F.D. 1.º). Distinción que es plenamente predicable respecto de todo tipo de causas, aunque no toda la judicatura es acorde en esta interpretación.

mero 1 de León (F.J. 2.º). También lo hace la Sentencia 84/1992, de 19 de agosto, de la A.P. —Sección 2.ª— de Navarra, que pretende reconducir la cuestión al estado de necesidad. La Sentencia 384/1992, de 28 de septiembre, del J.P. número 2 de Pamplona la encamina efectivamente a dicha eximente⁸⁴.

— Recibir la notificación de la orden de incorporación a la prestación con posterioridad a la fecha señalada para tal presentación.

Motivo desatendido por la Sentencia 38/1992, de 11 de febrero, del J.P. número 2 de Pamplona por entender improbadamente tal pretexto, y añadiendo que aunque fuera cierto habría que imputar la culpa al objetor por su pasividad, pues aun habiéndola recibido después, nada hizo por incorporarse (F.J. 1.º)⁸⁵.

— Haber estado un año en situación de disponibilidad.

Tanto la Sentencia 105/1992, de 26 de octubre, de la A.P. —Sección 2.ª— de Navarra (F.D. 13.º) como las del J.P. de Palencia número 474/1991, de 6 de septiembre (F.D. 3.º) y 297/1992, de 5 de junio (F.D. 4.º), rechazan tal alegato por considerar que la normativa vigente (art. 32.2 R.P.S.O.C.) cuenta dicho plazo desde la declaración de utilidad; tiempo que no había sido agotado en ninguno de los dos casos. La segunda Sentencia nombrada considera, incluso, que el precepto en cuestión establece ese término de un año, pero ampliable en cualquier caso —sobrepasando la anualidad—, hasta que el objetor inicie la situación de actividad.

La Sentencia 452/1992, de 9 de noviembre, del J.P. número 2 de Pamplona reconduce el argumento al error vencible de prohibición (FFJJ. 4.º y 5.º).

Un resultado absolutamente distinto del punitivo habría acontecido de acogerse el alegato del objetor, tal y como ha hecho alguna resolución del orden contencioso-administrativo. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, que, en Sentencia de 24 de octubre de 1994, ha entendido que transcurrido el plazo de clasificación (seis meses) y el de disponibilidad (un año) sin ser llamado a la P.S.S., el objetor pasa directamente a la situación de reserva⁸⁶.

⁸⁴ Semejantes razones han pretendido hacerse valer en situaciones resueltas virtud al tipo penal del artículo 2.1 L.O. 8/1984: Sentencia de 9 de mayo de 1991 del J.P. número 1 de Orense, y Sentencia de 3 de marzo de 1992 del J.P. número 5 de Las Palmas de Gran Canaria.

⁸⁵ No se puede participar de este criterio. De ser cierto que la notificación fue practicada con posterioridad a la fecha en que debía tener lugar la presentación; faltar a la misma no puede ser constitutivo de delito si en dicha fecha ya ha transcurrido el plazo establecido para la incorporación (tres días), pues el delito —que aquí sólo podría serlo imposible— se habría consumado.

Si el interesado mantiene una postura pasiva después de la notificación, habrá obrado de mala fe, mas esa actitud no es constitutiva de reproche penal si él prueba la extemporaneidad de la notificación; a menos que se quiera pretender ver la comisión culpable de este tipo delictivo.

⁸⁶ *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 176, 8 de diciembre de 1994.

«En su consecuencia, hay que entender que iniciado el expediente, si no se resuelve expresamente en el plazo de seis meses establecido en la L.P.A. de 1958, el efecto será el querido por la

— No ser insolidario con el deber de ayuda social.

Motivo utilizado en la causa resuelta por la Sentencia 118/1992, de 20 de noviembre, de la A.P. —Sección 2.^a— de Navarra, que lo rechaza por falta de prueba suficiente; añadiendo que, en todo caso, no es base justificativa. Además, *el interesado podría haber señalado y acreditado a la Administración las labores sociales que dice haber realizado.*

— Se preparaba una amnistía y no pueden ocuparse puestos de trabajo.

«... De no justificadoras pueden considerarse los motivos invocados por dicho acusado [...] para no presentarse a su destino, como el tener conocimiento de que se preparaba una amnistía a los objetores de conciencia, o el entender que tales prestaciones no podían llevarse a cabo en puestos económicos o laborales»⁸⁷.

— Oposición a cambio de adscripción.

«El hecho de que se mostrara disconforme con la cancelación por parte del Ayuntamiento de Tarazona de los servicios que en el mismo prestaban tanto el acusado como otros tres colaboradores sociales, no le facultaba para oponerse legítimamente a desempeñar el nuevo destino asignado...»⁸⁸.

Con todo, la mayor dificultad jurídica para estos casos puede venir planteada cuando quienes habiendo incurrido en las conductas criminales tipificadas por el artículo 2.1 ó 2.2 de la L.O. 8/1984, y habiendo sido penados por ello, vuelvan a ser requeridos para cumplir la P.S.S.; y, en esta situación, de nuevo manifiesten una conducta similar o análoga a la anterior sancionada y que, expresa o tácitamente —por comportamiento inequívoco—, sea reveladora de intención de rehúse a la prestación social.

¿Qué ocurrirá con el que acusado por el 2.3, dice que no tenía tal intención⁸⁹ y se le aplique el 2.1 o 2.2 —según los casos— y, sin embargo, cuando lo volvieren a requerir para la prestación, no se presentara o reincorporara, y —tras los trámites administrativos y penales pertinentes— alegara que su anterior conducta ya era manifestación del rehúse?

norma, o lo que es lo mismo, hay que entender que en ese momento se ha producido la clasificación de útil por silencio administrativo, y a partir de esa fecha empieza a contar el año a que hace referencia el artículo 32 del Reglamento» (F.J. 7.^o).

⁸⁷ Rechazadas por la Sentencia 297/1992, de 5 de junio, del J.P. de Palencia (F.D. 1.^o).

⁸⁸ Sentencia de 10 de octubre de 1992, de la A.P. de Teruel (ponente: señor Navarro Peña) (F.D. 1.^o). *Actualidad Penal-Audiencias*, 51, págs. 139 y s.

⁸⁹ Suceso, ya apuntado, de la Sentencia 452/1992, de 9 de noviembre, del J.P. número 2 de Pamplona, en que el juez termina condenando por el 2.2 al no constarle con certeza que la intención del sujeto fuera el rehúse de la prestación.

Lo primero que parece que podría aducirse es la contradicción en que incurre el acusado, y acudir a los clásicos brocados *venire contra factum proprium non licet* y que «a nadie le es dable alegar su propia torpeza». Mas, si se recapacita, estos apotegmas son más bien propios de las relaciones privadas, incluso de las públicas no punitivas, pero es de notar que en el Derecho Sancionador nadie está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (artículo 24.2 C.E.), y la falsedad está permitida —no sancionada— en la defensa.

Si la cuestión se reconduce a la sanción por cada una de las negativas, el supuesto recordaría extraordinariamente al de las condenas en cadena de año. Resulta, pues, pertinente preguntarse si el Legislador ha sido consciente de que tal situación puede llegar a darse⁹⁰.

Se echa de menos una previsión legal para estos casos, por virtud de la cual la conducta desarrollada se reconduzca al tipo del artículo 2.3 o a otro tipo nuevo que suponga manifestación del rehúse.

De hecho tal circunstancia ha acontecido ya en la realidad, si bien en el ámbito militar. Se trata del recurso de amparo 1949/1991, promovido contra Autos del Juzgado Togado Militar Territorial número 18 (Cartagena), dictados en Diligencias Preparatorias por delito de deserción⁹¹. Desafortunadamente, el T.C., a nuestro juicio, excesivamente formalista en este supuesto, no ha querido entrar, como ya dijimos anteriormente, a resolver esta cuestión.

II. LA JUDICATURA FRENTE A LA INSUMISIÓN

Decíamos antes que podía llegar a dudarse que para algunos jueces la actitud de los insumisos fuera constitutiva de infracción penal. Máximo expo-

⁹⁰ Cabe pensar si el M.O.C. y otros similares colectivos no se habrán planteado tal tipo de estrategia. ¿La van a utilizar? Si no lo han hecho ya, es previsible que acontezca en un futuro próximo, más con la repercusión social que siempre buscan y la consideración de «presos de conciencia» que han conseguido de Amnistía Internacional (*vid.*, v.gr. Informe 1991, E.D.A.I., Madrid, 1991, págs. 122 y s.).

⁹¹ «El demandante prestaba el S.M. obligatorio en la corbeta “Vencedora” cuando, debido al proyectado envío de dicho buque a la zona del Golfo Pérsico, tomó la decisión de ausentarse de su unidad. El 4 de abril de 1991 resolvió poner fin a su ocultamiento y presentarse voluntariamente ante el Juzgado Togado Militar número 32 (Barcelona), acordándose desde esa fecha su detención y posteriormente ingresó en un centro penitenciario militar bajo la acusación de delito de deserción (Diligencias Preparatorias número 18/3/91 del Juzgado Togado Militar número 18, radicado en Cartagena). *En el mismo día de su presentación y detención, y con asistencia letrada, manifestó que se negaba a seguir prestando el S.M.*

Puesto en libertad provisional mediante Auto de 3 de julio de 1991, el señor B. no efectuó las comparecencias en el Juzgado los días 15 de julio y 1 de agosto a que venía obligado, ni se presentó en su destino, manteniéndose aún hoy en ignorado paradero, por cuyo motivo se incoaron las Diligencias Preparatorias número 18/139/91, también por presunto delito de deserción. Con fecha de 5 de agosto, se dictó Auto por el que se reformó el del 3 de julio anterior, acordándose la prisión preventiva rigurosa comunicada del demandante, así como su búsqueda y captura y llamamiento por requisitoria». (Antecedente 2 del Auto del T.C. de 22 de junio de 1992). Subrayado añadido.

nente de esta consideración es la manifestada por quienes no han admitido a trámite la querrela perseguidora de este delito, al entender que el tipo penal quedaba vacío de contenido virtud a la carencia de agresión —por parte de los comportamientos perseguidos— al bien jurídico que tal postura judicial considera que es el único al que la Constitución autoriza a proteger: la defensa nacional⁹².

Por esta consideración, sustentada por muchas defensas penales en el entendimiento de que la Defensa nacional no sufre por la negativa de los objetos a integrarse en la P.S.S., el bien jurídico protegido por el tipo penal en análisis ha sido objeto de atención y discusión por parte de la Jurisprudencia, que se ha llegado a plantear, con buen criterio, tal cuestión a los efectos de la existencia o no de delito. El abanico de decisiones, aparte del criterio ya señalado, abarca las siguientes concretizaciones: 1) El bien jurídico protegido es el cumplimiento de la propia prestación social por el objeto⁹³. 2) El tipo penal preserva la defensa nacional en sentido amplio⁹⁴. 3) Es el deber de servir a la Nación el tutelado por el ilícito penal⁹⁵, criterio con el que puede coincidirse.

En la doctrina, los argumentos se repiten, dividiéndose en varias posturas. Pero buena parte de esta indefinición encuentra su base en la doctrina del Tribunal Constitucional de que en nuestro ordenamiento jurídico, S.M. y objeción de conciencia al mismo, que conlleva una P.S.S., están en relación de

⁹² Así el Juzgado de Instrucción número 38 de Madrid, que archivó querrela con Auto de 20 de noviembre de 1991, revocado por otro, número 32/1992, de 14 de febrero, de la A.P. —Sección 6.ª— de Madrid y el Juzgado de Instrucción número 23 de Barcelona, con Auto de 11 de marzo de 1992, archivador igualmente de la querrela presentada al efecto. *Vid.* J. CAMARASA CARRILLO, *Servicio militar...*, cit., págs. 208 y s.; A. MARTÍNEZ BLANCO, *Derecho Eclesiástico...*, cit., pág. 149; N. GARCÍA RIVAS, *Los delitos de insumisión...*, cit., pág. 900, que, participando de esta tesis acerca del bien jurídico protegido, fundamenta en ella ampliamente este trabajo.

Con este criterio parece también comulgar la Sentencia 102/1993, de 1 de abril, del J.P. número 1 de Santiago de Compostela. También lo señala la Sentencia 55/1992, del J.P. número 1 de Burgos, aunque haciendo constar con tal afirmación la polémica existente sobre el tema.

⁹³ Sentencia 522/1992, de 17 de diciembre (F.D. 1.º) y Sentencia 199/1994, de 20 de abril (F.D. 1.º), ambas del J.P. número 5 de Alicante; Sentencia 260/1994, de 10 de mayo, del J.P. número 6 de Alicante (F.D. 3.º). También en este sentido, Sentencia de 18 de enero de 1993, de la A.P. de Toledo, *Sentencias Audiencias Provinciales «Ledico»*, quincena del 1 al 15 de abril, 1-1993, número 124, págs. 269-271; las Sentencias de 17 de febrero de 1993 y 30 de septiembre de 1992, ambas del J.P. número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, la Sentencia de 11 de noviembre de 1991, del J.P. número 2 de Granada, la Sentencia 43/1992, de 5 de julio, de la A.P. —Sección 1.ª— de Las Palmas de Gran Canaria, y el voto particular de la Sentencia de 30 de marzo de 1993, de la A.P. de San Sebastián. Parecen asimismo propugnarlo las Sentencias 367/1991, de 17 de diciembre, y 97/1992, de 10 de abril, ambas del J.P. número 2 de Toledo.

⁹⁴ Cabe citar las Sentencias 174/1992, de 4 de mayo, del J.P. número 2 de Pamplona, y 515, 516 y 517, las tres de 28 de diciembre de 1992, del J.P. número 1 de Pamplona, que propugnan la defensa, con estos delitos, de la P.S.S., de forma inmediata; y de la defensa nacional, mediatamente.

⁹⁵ «... Nos encontramos con un bien jurídicamente protegido, cual es el deber de servir a la Nación o más propiamente de colaborar a las necesidades previstas por el Estado bien a través del S.M. o de un servicio social sustitutorio, en los supuestos de objeción de conciencia» A.P. —Sección 2.ª— de Madrid, en Sentencia de 5 de octubre de 1992 (F.D. 1.º).

regla general (deber de cumplir el servicio militar) a excepción (exención del S.M. por objeción de conciencia reconocida) y no en plano de igualdad (opción entre S.M. o prestación social, como dos formas válidas y equivalentes de defender a España, art. 30 C.E.)⁹⁶.

El proceder judicial que primeramente hemos relatado, hay que considerarlo, sin embargo, como excepcional y minoritario. La generalidad de órganos judiciales se ha pronunciado, al menos formalmente, por la existencia de una conducta delictiva. Ahora bien, algunos han pretendido escapar de este «feo asunto» más sutilmente, usando *ab initio* del mecanismo de la declinatoria de competencia. Encontramos, en efecto, casos de conflictos de competencia, sobre todo negativa, que han debido ser resueltos acudiendo a los mecanismos legalmente previstos⁹⁷. Es necesario constatar al respecto que el

⁹⁶ De la jurisprudencia emanada del T.C., se concluye que, en su interpretación del artículo 30 de la Carta Magna, ha realizado dos aseveraciones con relación a la Defensa de España:

1. Que tal defensa se identifica con los deberes militares, más en concreto con el S.M., lo que excluye la prestación social.

2. Que la C.E. ha instaurado el S.M. obligatorio.

Ambas afirmaciones, más o menos conectadas, llevan —con mayor o menor peso específico— al Tribunal a extraer una serie de consecuencias en la concepción de la objeción de conciencia al S.M. y la prestación social.

En la doctrina, sin embargo, existe una amplia corriente que afirma que la Defensa de España no se identifica con el servicio en filas, siendo un concepto más amplio que incluye —para muchos— la prestación social. Cf. J. M. ALONSO-VEGA ALVAREZ, *La objeción de conciencia...*, cit., págs. 7860-7863; F. AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, «La objeción de conciencia al S.M.: especial referencia al Derecho español», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pág. 42; D. BASTERRA MONSERRAT, «El T.C. y la objeción de conciencia sobrevenida», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IV, 1988, págs. 493 y s.; G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia al S.M. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 203-223; M. CUBILLAS RECIO, «Objeción de conciencia y rechazo del sistema», *Comunicación al IV Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valladolid, 1988, pág. 354; A. MARTÍNEZ BLANCO, *Derecho Eclesiástico...*, cit., pág. 129 y s.; S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Artículo 30. Defensa de España», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Constitución de 1978, tomo III, dirigidos por O. Alzaga Villaamil, Edersa, 1983, págs. 294 y s.

Tampoco ha faltado quien ha identificado el servicio armado con la Defensa de España (E. ESPÍN, «Los deberes constitucionales», en AA.VV., «Derecho Constitucional», vol. I, *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 163), o quien, pese a considerar que el término «defensa» es más amplio que las obligaciones militares, estiman absurdo que con la prestación social se defienda a España (CAPELLA, ESTÉVEZ y GORDILLO, «La objeción de conciencia ante el Tribunal Constitucional», *El País*, 30 de noviembre de 1987, pág. 20). *Vid.* nuestra ponencia «Los Acuerdos como garantía y regulación de objeciones de conciencia (S.M., cuestiones laborales, alimentación, oposiciones y concursos, entierros...)\», VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Barcelona, 1994.

⁹⁷ El problema ha acontecido —haciendo factible la postura judicial— cuando al reconocido objetor se le ha asignado para la realización de la P.S.S. un lugar diferente, y de pertenencia a distinto partido judicial, al de su residencia habitual.

Negándose a la prestación el objetor, se ha cuestionado, al no aceptar el conocimiento y competencia para enjuiciar los hechos ninguno de los dos Juzgados posibles competentes, si la competencia para conocer de ese delito (art. 2.3 L.O. 8/1984) correspondía al juez del lugar de residencia del insumiso o al del lugar señalado para rendir la prestación.

Tribunal Supremo ha afirmado en ocasiones lo que en otras ha negado, incurriendo en contradicción con sus resoluciones.

El Auto del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1992 (Ponente: señor De Vega Ruiz)⁹⁸ entiende —tras interrogarse por las razones que puedan llevar a ubicar la competencia en un órgano judicial u otro— que la competencia corresponde al Juzgado del lugar donde el acusado debía incorporarse a la P.S.S., por ser el lugar en que el delito se consuma⁹⁹. Y argumenta para rechazar el fuero del domicilio del insumiso:

«La domiciliación del acusado en Logroño no asegura el lugar desde donde se generó la voluntad para delinquir. Mas en cualquier caso ello es inoperante, en tanto que la intencionalidad, mientras permanezca escondida en lo más profundo de la conciencia y del alma humana, no conculca el Derecho Penal. Este se quebrantó, presuntamente, cuando se constató la ausencia del centro social en el que obligatoriamente habría de haber estado»¹⁰⁰.

Contrariamente, el Auto del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992 (Ponente: señor Cotta y Márquez de Prado)¹⁰¹, entiende que el Juzgado competente debe ser el del domicilio del que se niega al cumplimiento de la P.S.S., pues es en este lugar donde su comportamiento delictivo acaece.

«[...] y como tal comportamiento de oposición tuvo lugar en Bergara, que es el lugar de su residencia y del que se resistió a salir para la P.S.S. que le fue asignada como objetor de conciencia, resulta incontestable que es a los jueces de dicha población a quienes corresponde, conforme al artículo 14.2 L.E.Crim., la instrucción, por el procedimiento adecuado, de la causa para depurar las responsabilidades penales en que, con su conducta, haya podido incurrir el referido ciudadano, por lo que, a favor de tal Juzgado, ha de resolverse la presente cuestión negativa de competencia»¹⁰².

Este criterio, apuntado en segundo lugar, fue también el que mantuvo el T.S. en Auto de 7 de octubre de 1991, que resuelve el caso de competencia negativa suscitada por el J.P. de Avila y el número 4 de los de Madrid¹⁰³.

⁹⁸ *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 1992, número 1024, pág. 1318. Resuelve la cuestión entre el J.P. de Logroño (lugar de la residencia habitual del insumiso) y el de Palencia (lugar asignado para la P.S.S.) (F.D. 1.º).

⁹⁹ Cf. su F.D. 3.º, primer párrafo.

¹⁰⁰ F.D. 3.º, segundo párrafo.

¹⁰¹ *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 1992, número 2872, pág. 3820. Resuelve cuestión entre los Juzgados de Instrucción de Bergara (Guipúzcoa) (lugar de residencia del reconocido objetor) y Zaragoza (partido judicial al que pertenece la localidad, Borja, en que se debía desempeñar la P.S.S.).

¹⁰² F.D. 1.º

¹⁰³ *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, 1991, núm. 7022, pág. 9537.

El problema no sólo se ha planteado por titulares del Poder Judicial; también representantes del Ministerio Fiscal pusieron en tela de juicio que el fuero competente fuera el lugar del domicilio del insumiso (que era el seguido por la Fiscalía General del Estado), entendiendo algunas Fiscalías que debía serlo el del lugar en donde debería prestar el objeto de conciencia la P.S.S. Por esta razón la Fiscalía General del Estado dictó la Instrucción 1/1991, sobre criterio de competencia territorial en los supuestos del delito establecido en el artículo 2 de la L.O. 8/1984, que distingue según se haya incorporado o no al centro de prestación el insumiso¹⁰⁴.

Finalmente, como hemos dicho antes, la L.O. del S.M. de 1991 ha traspasado a la jurisdicción ordinaria el conocimiento del delito de negativa al cumplimiento del S.M., pero esto, a su vez, ha planteado problemas de dos tipos en el ámbito de la insumisión al S.M.: uno, acerca de la aplicación del artículo 127 del C.P.M. y el artículo 135 bis *i*) del C.P., este último introducido por la mencionada L.O.; y otro, los conflictos planteados entre la jurisdicción militar y la ordinaria. Puede al respecto indicarse sendas Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992¹⁰⁵⁻¹⁰⁶ y otra de 14 de diciembre del mismo año¹⁰⁷, que resuelven siempre los conflictos a favor de la jurisdicción ordinaria.

Cuando ya no puede hacerse uso de ninguno de los expedientes del tipo relatado, la diversidad de decisiones judiciales estudiadas permite la siguiente clasificación:

1. Quienes han aplicado la Ley en su cruda realidad. Aunque algunos han manifestado *Dura lex sed lex*, siempre se ha impuesto la pena en el más mínimo nivel (dos años, cuatro meses y un día de prisión menor) dentro del umbral permitido por la Ley (prisión menor en sus grados medio o máximo).

Muchos jueces dejan constancia en sus resoluciones de su «deber hacer» por imperio de la Ley. Algunos pretenden, además, «justificarse» de alguna manera, de dos formas, a veces combinadas: 1) Densas sentencias que revelan que la materia es preocupante y ha sido debidamente estudiada (no sólo el

¹⁰⁴ Puede consultarse en *Actualidad Penal*, número 1, semana 6, 12 de enero de 1992, páginas 35-38.

¹⁰⁵ Sentencia de 10 de diciembre de 1992 (ponente: señor Sánchez del Río y Sierra), recaída en el conflicto de jurisdicción número 5/1992, planteado entre el Juzgado de Instrucción de Tremp (Lérida) y el Juzgado Togado Militar número 31, con sede en Barcelona, *B.O.E.*, núm. 36, de 11 de febrero de 1993, págs. 4166 y s.

¹⁰⁶ Sentencia de 10 de diciembre de 1992 (ponente: señor Sánchez del Río y Sierra), recaída en el conflicto negativo de jurisdicción número 8/1992, planteado entre el Juzgado de Instrucción número 10 de Sevilla y el Juzgado Togado Militar número 22, con sede en la misma ciudad, *B.O.E.*, núm. 36, de 11 de febrero de 1993, págs. 4167 y s. El T.S. entiende que estamos ante un supuesto de objeción de conciencia sobrevenida.

¹⁰⁷ Sentencia de 14 de diciembre de 1992 (ponente: señor Bacigalupo Zapater), recaída en el conflicto de jurisdicción número 6/92-M, planteado entre el Juzgado Togado Militar Territorial número 31 en Cataluña con el Juzgado de Instrucción de Tremp (Lérida), *B.O.E.*, núm. 57, de 8 de marzo de 1993, pág. 7278.

caso concreto juzgado, sino en el sentido originario y etimológico de «Jurisprudencia»); 2) Mediante la proposición, de oficio, de un indulto, al menos parcial, al Gobierno (art. 2 C.P.). Así se haría posible evitar el ingreso en prisión con la concesión del beneficio de condena condicional¹⁰⁸.

Igualmente, haciendo uso de este precepto, puede destacarse la Exposición al Gobierno de la Nación que envió el Tribunal de la Sección 1.^a de la A.P. de Bilbao, y que finaliza del siguiente tenor literal:

«El Tribunal de la Sección 1.^a de la A.P. Bilbao, de conformidad con lo prevenido en el artículo 2.2 C.P., y sin perjuicio de ejecutar, desde luego, la sentencia, acuerda la remisión al Gobierno de la Nación, de la presente Exposición, en petición de que:

1.º) Se proponga la oportuna iniciativa legislativa tendente a reformar el marco legal del deber de prestación del S.M. y de la P.S.S., para que ésta se convierta en prestación social alternativa, despenalizando la negativa a la prestación militar o social y adoptando para tal supuesto medidas situadas extramuros del Derecho Penal.

2.º) Subsidiariamente, si se estimase adecuado, el mantenimiento de la criminalización de la negativa, se modifique profundamente el régimen sancionador penal actual, con elección de otra pena distinta a la privativa de libertad»¹⁰⁹.

2. Quienes han subsumido los hechos enjuiciados, no en el tipo penal contemplado en el artículo 2.3 de la L.O. 8/84 (que acaso era el precedente), sino en los supuestos, bien, de falta de presentación a la Prestación Social (artículo 2.1), o bien, de ausencia (falta) por más de tres días del lugar donde la misma se desempeñaba (art. 2.2), según los casos. Todo ello, con las consecuencias que conlleva, y que ya hemos señalado. Podemos, aquí, encontrar dos posturas:

a) Supuestos en que los hechos eran catalogables, desde un principio, en los tipos del artículo 2.1 ó 2.2, porque los acusados no habían manifestado una postura sin fisuras contra la Prestación Social¹¹⁰.

¹⁰⁸ A título de ejemplo, la Sentencia 281/1992, de 6 de julio, del J.P. número 1 de Pontevedra, indica que: «... la negativa del inculpado al cumplimiento de la prestación no se debió a motivos de comodidad, desidia o apatía social, sino que fue asumida y decidida dentro de un movimiento de desobediencia civil que tiene como objetivos el tratar de conseguir el desarme, la desmilitarización y la erradicación de la violencia en la sociedad, finalidades de evidente contenido solidario, que, si de impartir justicia se trata, también han de valorarse positivamente al efecto de posibilitar, por la vía del indulto, una reducción de la pena dentro de los límites que permitan la concesión al acusado de los beneficios de la remisión condicional de dicha pena» (F.D. 1.º).

¹⁰⁹ *Sentencias de las Audiencias Provinciales, «Ledico»*, 11-1994, 1-15 de junio, núm. 1425, pág. 2785.

¹¹⁰ Muy claramente, la Sentencia 480/1993, de 20 de noviembre, de J.P. de Cuenca, rechazando la pretensión de la acusación pública de incardinar los hechos en el artículo 2.3, entiende:

Anteriormente ya hemos referido que, en estos casos, es bastante frecuente la existencia de acuerdos en los que participan jueces, M.F. y defensores, aceptadas ya de por sí por los inculpados, sobre quienes, inicialmente, pendía acusación por el tipo penal del artículo 2.3. Tras la modificación de la calificación de los hechos delictivos, se ha dictado Sentencia *in voce*, que, como es lógico, no se recurre.

b) Alguna autoridad judicial ha llegado incluso más lejos. Independientemente de que el acusado de insumisión fuera más o menos confeso de ello, el titular del J.P. número 1 de Burgos, en Sentencia 55/1992, de 13 de febrero, señaló que «el párrafo 3.º del artículo 2 L.O. 8/84 ya se encuentra incluido en el párrafo 2.º, debiendo de ser éste el aplicable en todo caso por ser más beneficioso para el reo».

A nuestro parecer, de ninguna de las maneras puede sostenerse esta tesis, que vacía de contenido el artículo 2.3, pudiendo llevar a un rosario de condenas en cadena por el 2.2; puesto que, el autodeclarado «insumiso» será de nuevo requerido para la P.S.S. y si insiste en su conducta, ¿se le aplicará entonces el 2.3? Si los actos con anterioridad enjuiciados ya eran manifestación de su rehúse a la P.S.S., ¿no se incidirá en la proscripción de *non bis in idem*? ¿Se tratará de un delito continuado?

Sea o no por estas razones, que dicho juez no mantiene tales postulados en un asunto posterior muy semejante, en que el acusado se manifestó contrario a la prestación cinco meses después de la fecha señalada para su incorporación.

En este caso, resuelto por la Sentencia 272/93, de 12 de mayo, y en que el M.F. se mantiene firme en acusar por el 2.3, el juzgador se acoge, más sencillamente, a que en el momento de la no presentación es cuando se consuma el delito del artículo 2.1. Entiende el juez que, con anterioridad a la incomparecencia, el acusado no había manifestado su negativa a la prestación, haciendo esto cinco meses después de que el delito se hubiera cometido y perfeccionado con su no incorporación; con lo cual, poco pueden importar tales manifestaciones ulteriores (F.D. 2.º)¹¹¹.

3. Finalmente, entre quienes con un criterio jurídico más riguroso¹¹², o

«... para que se dé dicho delito, la negativa ha de comportar una actitud inequívoca de rechazo al cumplimiento de la P.S.S., actitud inequívoca que puede deducirse, bien de la manifestación expresa del acusado, bien de una negativa tácita, como así lo ha entendido el Auto de la Sala Segunda del T.S. de fecha de 7 de abril de 1992, deducida del absoluto silencio, sin hacer alegación ni manifestación alguna que justifique la ausencia, negativa expresa o tácita que no se da en el supuesto de autos...» (F.D. 1.º).

¹¹¹ Está visto que este representante del Poder Judicial trata de escapar, como sea, de la aplicación del artículo 2.3 L.O. 8/84, pero con ello plantea las dudas antes expresadas; y en este supuesto concreto si, además, de que los hechos ya consumados debían juzgarse por el 2.2, si la actuación posterior del inculcado exigía también incoarle nueva causa por el 2.3.

¹¹² Resolviendo el conflicto —que en buena técnica penal siempre se considera como aparente—, entre los artículos 2.2 y 2.3 de la L.O. 8/84, a favor del 2.3: por aplicación del artículo 68 del C.P. (Sentencia de 30 de septiembre de 1992, del J.P. número 5 de Las Palmas de Gran Canaria); o por ser un delito más especial (Sentencia 522/92, de 17 de diciembre, del J.P. número 5 de Alicante).

por la actitud expresa e inequívoca de los acusados en pro del rehúse, no han podido sino calificar los hechos como comprensivos del ilícito penal del artículo 2.3, hay jueces y Tribunales que han «corregido» la dureza de la pena¹¹³, «librando» al acusado de la severa carga de prisión. Este resultado ha sido obtenido acudiendo a los institutos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (eximentes y atenuantes), o bien, a través de la figura del error de prohibición.

A este respecto, en las Sentencias que manejamos se han señalado como tales:

1. Legítima defensa (art. 8.4 C.P.).

Las resoluciones en examen han sido tajantes en el rechazo de esta circunstancia eximente cuando ha sido alegada por la defensa.

Con cita de la Jurisprudencia del T.S. en buena parte de ellas, se examina si concurre el requisito imprescindible de «agresión ilegítima» para que pueda apreciarse esta eximente.

En algunas Sentencias el alegato es repudiado de plano por entender que no concurre tal tipo de agresión. Las que más, se plantean que aunque hipotéticamente los actos administrativos de requerimiento para cumplimiento del deber de la P.S., o este mismo deber pudiera considerarse como «agresión», ésta nunca sería ilegítima por su respaldo al más alto nivel legal¹¹⁴.

2. Estado de necesidad (art. 8.7 C.P.).

Es el estado de necesidad, junto con el ejercicio de un derecho, la eximente que más han pretendido hacer valer las defensas en las resoluciones en exégesis.

El primer interrogante que plantea esta eximente, y exige resolver, es el relativo a si existe un conflicto de intereses, es decir, una colisión de bienes jurídicamente protegibles. Hay Sentencias que niegan que tal conflicto exista [Sent. 102/1993, de 1 de abril, del J.P. núm. 1 de Santiago de Compostela (F.J. 1.º)], o que sea ostensible [Sent. 174/1992, de 4 de mayo, del J.P. núm. 2 de Pamplona (F.J. 4.º)]; otras señalan que el conflicto sí existe, pero está ya

¹¹³ Cuestión en la que sí se está absolutamente de acuerdo, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia. *Vid.* M. ALENDA SALINAS, «La negativa a cumplir la P.S.S.: Crisis de legitimidad de su régimen penal (Un breve análisis de resoluciones judiciales)», *Cuadernos de política criminal*, en prensa.

¹¹⁴ Cf. las Sentencias del J.P. número 1 de Albacete, 37, 38 y 39/1991, de 1 de febrero; del J.P. número 2 de Albacete, 30, 31 y 32/1991, de 1 de febrero y 197/92, de 15 de junio; 41/91, de 16 de febrero, del J.P. número 3 de Murcia; 75/91, de 3 de junio, de la A.P. —Sección 1.ª— de Murcia; 104/91, de 6 de marzo, del J.P. de Salamanca; 163/92, de 9 de abril, del J.P. número 1 de León; 105/92, de 26 de octubre, de la A.P. —Sección 2.ª— de Navarra; la del J.P. número 4 de Murcia 319/92, de 21 de septiembre, y 515, 516 y 517/92, de 28 de diciembre, del J.P. número 1 de Pamplona.

resuelto por el legislador a favor de la Ley (Sent. 491/1992, de 5 de octubre, de la A.P. —Sección 2.ª— de Madrid, y la de 30 de marzo de 1993, de la A.P. —Sección 1.ª— de San Sebastián), por lo que no puede estimarse la eximente en examen¹¹⁵.

Con un amplio razonamiento, la Sentencia de 4 de febrero de 1993, del J.P. número 7 de Madrid (F.D. 4.2.º) rechaza que concurra el estado de necesidad, que justifique o exculpe la negativa a la P.S.S. para salvaguardar los derechos de libertad ideológica, de expresión y al trabajo, por cuanto —entiende— los dos mencionados derechos fundamentales no son ilimitados, y el mal causado es mayor que el que se trata de evitar; y, por lo que respecta al derecho al trabajo —no fundamental— hay que estar a su regulación específica, la cual no excluye esta sujeción especial del prestacionista; ni se vulnera el derecho al trabajo ajeno desde el momento en que la normativa de objeción de conciencia al S.M. proscribe la ocupación de puestos de trabajo.

Obligado es detenerse en la Sentencia 75/1992, de 3 de febrero, del J.P. número 4 de Madrid, sin duda la que más polémica ha levantado y tinta ha hecho correr en esta materia¹¹⁶. Las razones para ello: tal vez la más importante por ser la primera sentencia que absuelve a un insumiso¹¹⁷. Después, porque no se ha llegado a entender muy bien lo que decía el juez, o se le ha tergiversado.

¹¹⁵ Otras Sentencias que entienden no debe estimarse: las de 16 de febrero y 3 de junio, ambas de 1991, del J.P. número 3 y la A.P. —Sección 1.ª—, respectivamente, de Murcia: porque el mal causado es mayor que el que se trata de evitar; la de 31 de marzo de 1992, del J.P. de Avila (F.J. V), y de 21 de septiembre de 1992, del J.P. número 4 de Murcia (F.D. 4.3): el artículo 16 C.E. no es suficiente para liberar de deberes constitucionales.

¹¹⁶ M. ATIENZA, «La absolución del insumiso: sentenciar en un dilema moral», *Jueces para la democracia*, núm. 14, 3/1991, págs. 10-14; «Un dilema moral. Sobre el caso de los insumisos», *Claves de razón práctica*, núm. 25, septiembre 1992, págs. 16-30; *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, abril 1993, especialmente págs. 144-181; J. M. CONTRERAS MAZARIO, «Libertad de conciencia, objeción de conciencia, insumisión y Derecho. (Comentario a la Sentencia 75/92 del J.P. número 4 de Madrid)», *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho* (ed. a cargo de Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid, B.O.E., págs. 37-61; J. DE LUCAS, «El castigo de los insumisos. Acerca de la reciente jurisprudencia sobre objeción de conciencia e insumisión», *Claves de razón práctica*, núm. 25, septiembre 1992, págs. 32-39; L. PRIETO SANCHÍS, «Insumisión y libertad de conciencia (a propósito de la Sentencia 75/92 del J.P. número 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992)», *Derecho y opinión*, núm. 1, Servicio Publicaciones Universidad de Córdoba, 1993, págs. 279-288; *El País*, 7 de marzo de 1992, pág. 15: «Un juez absuelve a un insumiso al entender que la libertad de conciencia está por encima del Estado»; 10 de marzo de 1992 (Opinión: «Individuo, Estado e insumisión»), pág. 10; 12 de marzo de 1992, con el flamante titular: *El ministro de Justicia advierte que la libertad de conciencia puede servir para absolver terroristas*, pág. 14. *El País*, *Temas de nuestra época*, 9 de abril de 1992, «Insumisión en España», págs. 1-8, con las firmas de GIL CALVO, *Rituales premodernos*; ALBI DE LA CUESTA, *El yo y el nosotros*; J. C. ROIS ALONSO, *El dedo en la llaga*; GARCÍA MORILLO, *El respeto a las leyes*; G. CÁMARA VILLAR, *La reforma necesaria*; V. FISAS, *Desarme y defensa en Europa*.

¹¹⁷ La Sentencia de 16 de enero de 1993, del J.P. número 20 de Madrid, *Actualidad Penal-Audiencias*, núm. 4, abril 1993, Juzgados de lo Penal, 78, págs. 231-235, que también absuelve a un insumiso, en este caso al S.M., ha pasado más desapercibida.

Se echa de menos, ciertamente, más claridad en la resolución, lo que, en nuestro sentir, ha sido causante de muchas de las críticas que se han dirigido a la misma y a su autor. Pensamos que la solución —absolución del acusado— del caso no viene por la vía de que la conciencia está por encima de la Ley. Esta afirmación, por el contrario, se encierra en un contexto, que no es otro que el de la valoración de bienes en conflicto —la conciencia y la Ley— a fin de determinar qué bien es superior. Y el juzgador del caso, y no sin argumentación —equivocada o no—, estima que lo es la conciencia.

De ahí que señale el magistrado Calvo Cabello que éste —el conflicto existente y la superioridad del bien subsistente sobre el sacrificado— concurre con los demás requisitos necesarios para apreciar la existencia de la eximente en estudio. El juez¹¹⁸ no se ha salido del Ordenamiento Jurídico, sino que ha calibrado si existía o no el conflicto necesario y los demás requisitos, igualmente imprescindibles, para que se pueda apreciar el estado de necesidad.

En la Sentencia se valora no cualquier conciencia, sino una muy determinada, y no la Ley en sentido genérico, sino la concreta reguladora de la punición en materia de P.S.S., con el bien jurídico que protege. Y al estudiar este concreto conflicto, el señor Calvo estima de un superior valor legal la conciencia, en cuanto comprensiva de la dignidad de la persona, que una negativa a la P.S.S., que en el caso únicamente protege unos servicios sociales en un centro de la tercera edad. Si el problema hubiera radicado simplemente en la resolución del choque conciencia-ley en general, y la postura adoptada fuera la de prevalencia siempre de la conciencia, cualquiera que sea, frente a toda ley y bien jurídico que ésta pueda proteger; sobre toda referencia y argumentación por parte del magistrado sobre una eximente (con todo lo que implica y significa: existencia del delito, pero exclusión de responsabilidad criminal) como la de estado de necesidad.

Esta Sentencia fue revocada por la A.P., pero dio paso a la apreciación de eximentes incompletas o atenuantes por analogía en relación al estado de necesidad¹¹⁹.

En efecto, la Sentencia 491/1992, de 5 de octubre, de la A.P. —Sección 2.ª— de Madrid, establece:

«El acusado, si bien actuó de forma consciente y voluntaria al desobedecer el deber legal, lo hizo con merma de su facultad de optar o elegir entre los intereses que se le representaban, es decir, con mengua de su libertad, puesto que otra conducta afectaría psicológicamente a su personalidad de forma muy profunda y en consecuencia más gravosa

¹¹⁸ A diferencia de lo que muchos le han atribuido: *vid.* J. BRAGE CAMAZANO, «Conciencia, objeción de conciencia y principio de legalidad», *Tapia*, núm. 64, mayo-junio 1992, págs. 64 y s.; GARCÍA MORILLO, «El respeto a las leyes», *cit.*, pág. 5; F. SAVATER, «Leyes y conciencias», *cit.*, págs. 13 y s.

¹¹⁹ El diario *ABC* del 16 de julio de 1993 da también noticia en su página 26 de la absolución de dos insumisos por el J.P. número 2 de Córdoba, con fundamento en el estado de necesidad.

que para la generalidad de los ciudadanos. Tal situación como queda expuesto, no puede por menos que incidir en la culpabilidad del acusado aminorando el grado de culpa en tanto que su actuar merece una menor reprochabilidad social, y por lo tanto una disminución de la pena para adecuarla a las circunstancias que determinan su conducta, instrumentable por la vía de apreciación de una circunstancia atenuante analógica muy cualificada al amparo del artículo 9.10 del C.P. en relación con el 9.1 y artículo 8.7 del C.P. y en definitiva por estimarse que en el caso enjuiciado concurre el mismo fundamento jurídico que el artículo 9 del C.P. prevé para atenuar la responsabilidad criminal por razón de la menor culpabilidad del sujeto»¹²⁰.

En este sentido, la Sentencia 522/1992, de 17 de diciembre, del J.P. número 5 de Alicante (F.D. 3.º) estima la concurrencia de eximente incompleta de estado de necesidad, siendo confirmada por la A.P. —Sección 1.ª— de Alicante, en Sentencia 310/93, de 15 de abril (F.D. 2.º), supuesto al que ya nos referimos anteriormente¹²¹.

La Sentencia de 7 de octubre de 1992, del J.P. de Soria (confirmada por la A.P.), citando la mencionada Sentencia de la A.P. de Madrid, de 5 de octubre de 1992, aprecia también la existencia de atenuante analógica muy cualificada de estado de necesidad¹²².

También, con amplísimos razonamientos, entiende que concurre eximente incompleta o atenuante analógica de estado de necesidad la A.P. de Madrid, en Sentencia de 21 de septiembre de 1993¹²³.

En el polo opuesto, la Sentencia 319/1992, de 21 de septiembre, del J.P. número 4 de Murcia, desestima que concorra tal atenuante, pues la P.S.S. incumplida tiene como misión precisamente evitar el mal que el acusado dice que le causaría cumplir el S.M. (F.D. 4.3.º).

¹²⁰ F.J. 2.º

¹²¹ *Vid.* notas 22 y 23 del presente trabajo. También con base en el estado de necesidad, aplican atenuante analógica muy cualificada, las también citadas Sentencias 199/1994, de 20 de abril, del J.P. número 5 de Alicante, y la 260/1994, de 10 de mayo, del J.P. número 6 de la misma capital.

¹²² «... Nos encontramos con una controversia entre valores en juego, por un lado la conciencia individual muy "sólida como se deduce del testimonio de los testigos y concretamente de C.L.C., que indicó que el mismo participaba en foros en el Seminario Mayor de Bilbao", y por otro lado la legislación establecida a tal efecto. El conflicto entre una y otra no puede ser resuelto como queda dicho en virtud de eximir de responsabilidad de una forma plena al acusado, pero sí en el sentido de atenuar su responsabilidad de forma evidente. Y en tal sentido y recogiendo las últimas sentencias y concretamente la de la A.P. de Madrid, en un caso similar al respecto apreciar dicha circunstancia alegada no por vía de eximente completa y sí por la vía de atenuante analógica en relación con dicha eximente alegada, que al decir de la S.T.S. de 14 de octubre de 1987, puede ser estimada como muy cualificada a los efectos del artículo 61.5 del C.P.» (F.J. 4.º).

¹²³ *Sentencias de las Audiencias Provinciales «Ledico»*, 1 al 15 de enero, 1-1994, núm. 105, págs. 203-211.

3. Cumplimiento de deber o ejercicio de un derecho (art. 8.11 C.P.).

Esta exigente ha sido una de las más utilizadas por la defensa en los asuntos resueltos por las Sentencias en examen. En ninguna de ellas ha sido estimada y lo más que se ha conseguido en algún caso es su derivación hacia la creencia errónea de obrar en ejercicio de un derecho o error de prohibición.

Los Juzgados y Tribunales encargados de conocer estos asuntos se han valido, por regla general, de la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores jerárquicos.

— Por lo que respecta al «cumplimiento de un deber». Haciendo uso de la Jurisprudencia del T.S., se ha rechazado por cuanto que tales deberes han de serlo jurídicos para poder apreciar tal exigente; no bastando que sean meramente morales, sociales o cívicos.

Y esto último en el caso que pueda entenderse que existe un deber de incumplir la P.S.S.; que nunca será jurídico, porque la Ley obliga a tal prestación.

— En cuanto al «ejercicio de un derecho». Se ha utilizado en contra de tal pretendida causa de justificación la Jurisprudencia del T.C., en cuanto que declaró acorde a la Ley Fundamental la normativa legal sobre objeción de conciencia al S.M.¹²⁴

En el fondo —y algunas resoluciones lo señalan expresamente—, lo que se ha aducido, virtud a esa Jurisprudencia, es que no cabe un derecho general a la objeción de conciencia, pues ello supondría la no obligatoriedad de las normas jurídicas y la desaparición de la esencia misma del Estado.

El derecho a la objeción de conciencia termina con su reconocimiento y declaración de exención del S.M., pero no ampara, más allá, la negativa a la P.S.S., que ya no es ejercicio de un derecho sino incumplimiento de un deber.

4. Error de prohibición (art. 6 bis C.P.).

Gran disparidad puede observarse también en la Jurisprudencia menor cuando de la estimación o no del error de prohibición se trata. Mientras alguna Sentencia considera existente dicho error con base en el ejercicio de la libertad ideológica del artículo 16 C.E.¹²⁵ Otras señalan —acogiéndose a la doctrina del T.C.— que el Estado no puede asumir un derecho general a la objeción de conciencia, que sería lo mismo que acabar con la esencia misma de ese Estado, instaurando la anarquía; siendo insuficiente el artículo 16 C.E. para liberar de deberes a los ciudadanos, más cuando están impuestos por una Ley legítima y declarada constitucional¹²⁶.

¹²⁴ Este tipo de argumentación ha servido para rechazar los dos derechos que se ha alegado en justificación del rehúse de la prestación, esto es: el derecho a la igualdad del artículo 14 y, en la totalidad de los juicios, el derecho a la libertad ideológica del artículo 16 C.E.

¹²⁵ Así la Sentencia 104/91, de 6 de marzo, del J.P. de Salamanca, revocada por la A.P. en Sentencia 69/91, de 24 de junio.

¹²⁶ Sentencia de 30 de abril de 1991, del J.P. número 2 de Cáceres; de 19 de noviembre de 1991, del J.P. número 2 de Granada, y la de 17 de diciembre de 1991, del J.P. número 2 de Toledo.

Por otro lado, si hay Juzgados que rechazan la existencia de error en la conducta delictiva por la advertencia —que siempre se realiza por la Administración— de las posibles responsabilidades penales en que se puede incurrir de no atender al requerimiento, y por las propias circunstancias personales y culturales del acusado (incluso su militancia en el M.O.C. u otros colectivos similares), lo que se entiende en el sentido de que se tiene perfecto conocimiento (por la existencia de información) del alcance de la acción delictual¹²⁷.

Otras Sentencias emplean, precisamente, los mismos argumentos para apreciar tal error: En cuanto a las circunstancias personales y culturales de conocimiento, el dato consistente en que poseer mayor información al respecto, posibilita que conozcan la existencia de Sentencias que rebajen la pena o incluso absuelvan en estos casos¹²⁸. Respecto del círculo social en que se mueva el inculpaado, el error puede venir también propiciado por el apoyo de diversos sectores que le comprenden¹²⁹.

No parece, desde luego, que haya un criterio seguro en estos supuestos. Como ejemplo de ello puede aducirse que dos J.P. han estimado que concurría tal error¹³⁰, si bien una vez apeladas las Sentencias, la respectiva A.P. no ha apreciado su existencia¹³¹.

Inversamente, la Sentencia 84/1992, de 2 de marzo, del J.P. número 2 de San Sebastián, no lo estima; y la que resuelve acerca de su apelación —Sentencia de 30 de marzo de 1993, de la A.P., Sección 1.^a— sí lo hace.

4. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal.

a) Atenuante de minoría de edad (art. 9.3 C.P.).

La única de nuestras Sentencias que considera esta circunstancia, incluso lo hace de oficio, es la acabada de citar Sentencia de 2 de marzo de 1992, del J.P. número 2 de San Sebastián (F.J. 3.º y 4.º). Sin embargo, su argumentación comete el fallo de que la legislación señala que el reconocimiento de la condición de objeto, a los efectos de la P.S.S., no produce efectos hasta el 31 de

¹²⁷ Sentencia de 24 de junio de 1991, de la A.P. de Salamanca; de 22 de marzo de 1991, del J.P. número 1 de Toledo; de 17 de diciembre de 1991, del J.P. número 2 de Toledo, y de 2 de marzo de 1992, del número 2 de San Sebastián.

¹²⁸ Acerca de esta posibilidad, *vid.* M.A. COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Edersa, Madrid, 1987, págs. 269-287. También sobre la materia, S. MIR PUIG, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1991-1, págs. 1030-1039; F. MUÑOZ CONDE, «Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1991-1, págs. 1040-1052.

¹²⁹ Cf. Sentencias 515, 516 y 517, todas de 28 de diciembre de 1992, dictadas por el J.P. número 1 de Pamplona. La 1.^a y la 3.^a firmes por irrecurridas.

¹³⁰ Sentencias 104/91, de 6 de marzo, del J.P. de Salamanca, y 111/92, de 31 de marzo, del J.P. de Avila.

¹³¹ Sentencia 68/1991, de 24 de junio, de la A.P. de Salamanca, y la Sentencia 60/1992, de 13 de julio, de la A.P. de Avila, publicada en *Actualidad Penal-Audiencias*, núm. 4, abril 1993, 60, págs. 185-187.

diciembre del año en que el interesado llega a la mayoría de edad (art. 7 R.C.N.O.C.). Sería, además una buena —aunque fraudulenta— vía de escape de la responsabilidad criminal preconstituyendo tal clase de prueba. Sea como fuere, aunque por estas razones, la Sentencia de 30 de marzo de 1993, de la A.P. —Sección 1.^a— de San Sebastián, rechaza tal circunstancia modificativa de responsabilidad penal.

- b)* Atenuante analógica (art. 9.10 C.P.) en relación con la 9.8 (arrebato, obcecación o estado pasional) del mismo Cuerpo Legal.

Esta atenuante ha sido estimada en el caso de las siguientes Sentencias: sendas (núms. 84 y 85) de 2 de marzo de 1992, del J.P. número 2 de San Sebastián; de 30 de marzo de 1993, de la A.P. —Sección 1.^a— de San Sebastián; de 9 de abril de 1992, del J.P. número 1 de León: actuar por móviles morales o altruistas de notoria importancia, entendiendo tales las convicciones pacifistas y antimilitaristas del acusado, considerándola como muy calificada; y la de 1 de junio de 1992, del J.P. número 23 de Madrid: perturbación en la «psiquis» de un testigo de Jehová. Esta última Sentencia, recurrida, fue revocada por la de 1 de octubre de 1992 de la A.P. —Sección XVI—: por vacío probatorio en este sentido (no se ha acreditado siquiera que pertenezca a tal creencia religiosa).

La Sentencia de 31 de marzo de 1992, del J.P. de Avila (F.J. V), y la de 13 de julio del mismo año, de la respectiva Audiencia, que da por reproducido el anterior (F.J. 7.^o); frente a la alegación de esta circunstancia atenuante, dado el estado anímico subyacente a la conducta del acusado, considera que no debe estimarse, ya que «hay un frío convencimiento de idoneidad en su conducta». La Sentencia de 4 de mayo de 1992, del J.P. número 2 de Pamplona (F.J. 4.^o D), rechaza la concurrencia en la actuación de motivos morales o altruistas, por no estar acreditado y por estimar que la motivación del agente es indiferente (de donde parece que debe desprenderse que para este juzgador los motivos no se incluyen en el artículo 9.8 C.P.).

Se desprende fácilmente, de cuanto antecede, la diversidad judicial existente en la materia que, si bien en la mayoría de los casos enjuiciados se ha pronunciado por la imposición de la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, en otros hemos visto ya el resultado muy distinto alcanzado. Todo lo cual lleva a una gran inseguridad jurídica y a los agravios por comparación, cuando no a la discriminación en la aplicación de la Ley.

Ejemplo muy expresivo de lo afirmado lo encontramos en el enjuiciamiento de la denominada insumisión sobrevenida (abandono de la prestación después de un tiempo servido) y en el particular enjuiciamiento de estos hechos por tres secciones distintas de una misma A.P., la de Las Palmas de Gran Canaria, las cuales mantienen un criterio distinto al respecto. Veámoslo:

La Sección 1.^a de la A.P., en Sentencia de 5 de julio de 1992, conoce de la apelación planteada por el M.F., que habiendo acusado por el 2.3 a un cola-

borador social que después de prestar casi diez meses se niega a continuar en el servicio, ve como su petición es denegada por el J.P., al condenar por el 2.1.

La Sección revoca la sentencia y absuelve al acusado, al entender que el artículo 2.3 L.O. 8/84 castiga el incumplimiento total o pleno incumplimiento de la P.S.S., por lo que ante un incumplimiento parcial, defectuoso, insuficiente o tardío, tal precepto no es aplicable. Entiende que, habiendo prestado el acusado casi diez meses de servicio social, no se revela su intención de incumplimiento total de la misma. Los hechos —considera— no están tipificados penalmente, por lo que no procede más Sentencia que la absolutoria¹³².

La Sección 3.^a de la misma A.P., en la Sentencia de 18 de julio de 1992 —aun conociendo, pues la cita, la decisión precedente de su homónima Sección—, coincide con ella en que no cabe aplicar a estos supuestos el artículo 2.3 porque, entiende, una vez que se inicia la prestación ya no cabe el rehúse sobrevenido. Pero discrepa en el resultado, al considerar que para estos supuestos sí que existe tipicidad penal: la del artículo 2.1 L.O. 8/84, en la que estima —confirmando la sentencia de instancia— que debe incardinarse la actuación perseguida.

Finalmente, la Sección 2.^a de la misma Audiencia, en Sentencia de 13 de marzo de 1993, confirma la sentencia del J.P. En ésta se condena al acusado, como autor del delito del 2.3, a dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, por su negativa a continuar en el desempeño de la prestación después de haberlo hecho durante casi un año.

La sentencia apelada se había cuestionado cuándo debe manifestarse el rehúse a la P.S.S.: ¿antes de iniciarla o cabe también durante la misma? Como quiera que el precepto penal guarda silencio sobre este extremo, se decanta por el *ubi lex non distinguit...*

La defensa del objetor alega en el recurso de apelación las mismas consideraciones que empleó la Sección 1.^a para absolver al acusado en la antedicha Sentencia de 5 de julio de 1992. Ante ello, la Sección 2.^a, concedora de esta alzada, señala:

«Tales alegatos no pueden admitirse, pues otra cosa sería un *fraude de Ley* proscrito en el artículo 6.4 del Código civil al conducir a una solución ilógica y absurda como es el que se castigue la no incorporación al servicio (art. 2.2) y el ausentarse por más de tres días sin causa justificada (art. 2.1), dejándose al margen del reproche penal el acto voluntario y consciente de no cumplir la prestación sustitutoria, incluso aunque se haya cumplido parte de la misma, pues tendría más pena el no aparecer por el centro o unidad cuatro o cinco días que el rehusar cumplir la prestación entero o en parte. Sostener tal tesis o, mejor, admitirla, no pasa de un bienintencionado

¹³² Ante tal situación el M.F. interpuso recurso de amparo, 2048/1992, ante el T.C. Su pretensión fue inadmitida en virtud de resolución de este Tribunal —Sala 2.^a, Sección 4.^a— de 8 de febrero de 1993.

deseo de exculpar o mitigar la realidad legal que como dice el aforismo "*lex dura sed lex*", dado que otra interpretación es contraria a Derecho»¹³³.

Todas estas dificultades interpretativas, unido a la diversidad de criterios adoptados por los jueces y Tribunales del orden penal, que ha dado lugar a una muy distinta aplicación de la Ley, aconsejan, hacen prácticamente necesario, la existencia de un órgano judicial de superior rango jerárquico —que no puede ser otro que el Tribunal Supremo— que unifique doctrina para supuestos como los analizados¹³⁴.

ANEXO

En toda la problemática analizada tiene una importante repercusión la aprobación del nuevo Código Penal por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre (B.O.E. núm. 281, de 24 de noviembre de 1995), que entrará en vigor a los seis meses de su publicación. Un análisis de la normativa que contiene sobre la insumisión, al tiempo que un ulterior resultado de nuestra investigación, lo afrontamos en nuestro libro *El régimen penal de la prestación social de los objetos de conciencia (Estudio analítico-sistemático de Jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Universidad de Alicante, Valencia, 1996, en prensa.

¹³³ F.D. 2.º El subrayado es añadido.

¹³⁴ «El mismo presidente del T.S. y del Consejo General del Poder Judicial, señor don Pascual Sala Sánchez, en su discurso de solemne apertura del año judicial, pronunciado el 15 de septiembre de 1993, ha resaltado como tarea fundamental del Alto Tribunal la unificación de doctrina. Al respecto, abogó por la apertura de una específica casación con finalidad unificadora, referida a asuntos no susceptibles de recurso por la vía casacional, por llamarla de algún modo —señaló— ordinaria o general, en que, fundamentalmente se hubiere detectado contradicción de resoluciones judiciales en presencia de supuestos de sustancial identidad». *Vid. Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 117, 23 de septiembre de 1993, págs. 1-3. Esperemos que tales palabras no queden en el olvido.