

¿UN NUEVO MODELO DE SERVICIO MILITAR?

EUGENIO NASARRE GOICOECHEA

Profesor de Derecho Constitucional
CEU Madrid

*Ponencia presentada en el Seminario de la Fundación FAES
(Madrid 24 de Enero de 1994)*

1. Pilar esencial del modelo vigente de *defensa nacional* es el *servicio militar obligatorio*, que en España tiene una larga tradición y que ya quedó constitucionalizado como prestación personal “inexcusable” en el artículo 361 de la Constitución de Cádiz.

La constitución de 1978 no ha modificado substancialmente el modelo con vigencia en nuestra nación desde hace casi dos siglos. En su artículo 30 se introdujeron, sin embargo, dos innovaciones significativas.

La primera consiste en que la defensa de España se configura no sólo como un *deber* sino también como un *derecho*. Sin entrar en las críticas que parte de la doctrina ha expresado en relación con esta formulación constitucional (¿en qué consiste el “contenido esencial” del derecho a defender a España y qué consecuencias puede tener?), es evidente que no se puede soslayar el que uno de los aspectos relevantes de este derecho consiste —como señala Luis López Guerra— “la exclusión de la discriminación, lo que podría suponer ciertas consecuencias cuyo alcance es todavía una cuestión abierta, en relación con el acceso de las mujeres al servicio de armas, tanto al servicio militar como a la carrera militar”¹.

¹ LOPEZ GUERRA, Luis y otros. *Derecho Constitucional*, I., Valencia 1991, pág. 163.

La segunda innovación consiste en el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, que queda configurado —como ha declarado el Tribunal Constitucional— como la *exención de un deber, el de cumplir el servicio militar obligatorio*². España se sumaba así al conjunto de Estados con régimen demoliberal que, disponiendo de servicio militar obligatorio, habían incorporado esta institución a sus ordenamientos jurídicos.

Conviene precisar que algún sector de constitucionalistas ha puesto es cuestión que la obligatoriedad del servicio militar se deduzca directamente de la constitución. No es éste el parecer del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado inequívocamente por su constitucionalización. “No podemos olvidar —dice el Alto Tribunal— que la defensa de España (art. 30.1 de la CE), la organización y las funciones de las Fuerzas Armadas están reconocidas constitucionalmente (art. 8 CE) y que la *Norma fundamental ha constitucionalizado también el servicio militar obligatorio*³.”

En mi opinión el error de la tesis de la no constitucionalización del servicio militar obligatorio se funda en no establecer la debida conexión entre los apartados 1 y 2 del artículo 30 de la Constitución, y entre los conceptos *deber* y *obligación* que se expresan en dichos apartados. Según esta tesis, en efecto, la Constitución impondría un deber genérico de defender a España (apartado 1) y se limitaría en su apartado 2 a establecer una *reserva legal* para fijar las obligaciones militares de los españoles, que serían aquellas que determinaría discrecionalmente el legislador ordinario.

El error se origina —como he afirmado— por no entender adecuadamente la distinción entre deber y obligación. Los *deberes* —afirma López Guerra— son “aquellos comportamientos que derivan directamente de una norma y que obligan, en cuanto tales, tan sólo a facilitar el cumplimiento de dicha norma⁴. “Las obligaciones —continúa este autor—, en cambio, comprenderían los comportamientos exigibles en el marco de una relación jurídica en la que existe un sujeto con capacidad de reclamar su cumplimiento”. Aplicando estos conceptos a la noción de deber constitucional, nuestro autor concluye que “puede afirmarse que de la Constitución derivan deberes en sentido estricto que, con la mediación de

² Sentencia del TC 161/87, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 4. Vid., por ejemplo, ALVAREZ CONDE, Enrique, Curso de Derecho Constitucional, Madrid, 1992, pág. 402.

³ Sentencia del TC 161/87, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 5.

⁴ LOPEZ GUERRA, Luis, ob. cit., pág. 162.

la ley se concretan en obligaciones específicas". Es decir, la mediación de la ley resulta indispensable para establecer una obligación jurídica como lo es la prestación personal que supone el servicio militar obligatorio. Tiene razón Serrano Alberca cuando afirma "Entiendo que la Constitución contiene en este caso una reserva reforzada que impide a la ley suprimir el servicio militar obligatorio..., puesto que la misma Constitución fija como regla general la obligatoriedad del servicio militar sobre la base del derecho-deber de defender España y sólo permite que la ley concrete las obligaciones y establezca exenciones pero no autoriza a convertir en excepción la regla general"⁵.

2. El sistema constitucional examinado se ha desarrollado fundamentalmente en las leyes:

* *Ley de Criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar* (LO 6/1980 de 1 de julio, reformada por la LO 1/1984, de 5 de enero).

* *Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del servicio militar.*

* *Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.*

* *Ley Orgánica 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 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.*

El sistema legal vigente puede, pues, resumirse esquemáticamente en los siguientes puntos:

1. Adopción del sistema de reclute universal de los varones, derivado del carácter obligatorio del servicio militar.

2. Integración de este sistema en un "modelo mixto" de Fuerzas Armadas en el que los efectivos de reemplazo se complementan con un volumen creciente de soldados profesionales con la finalidad de alcanzar una tasa de profesionalización en torno al 50% de los efectivos totales.

3. Duración de nueve meses del servicio militar.

⁵ SERRANO ALBERCA, J. M., comentarios a la Constitución (ed. F. GARRIDO FALLA), artículo 30, Madrid, 1985, pág. 607.

4. Reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio "en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza".

5. Establecimiento de una prestación social sustitutoria con trece meses de duración como obligación que han de cumplir los objetores declarados exentos del servicio militar.

6. Régimen penal con sanciones de privación de libertad (penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena) a los objetores que rehúsen cumplir la prestación social sustitutoria (insumisos).

3. A partir del inicio de los años 90 este sistema empieza a entrar en una crisis que hoy hay que calificar de suma gravedad. No es una exageración afirmar que los hechos acaecidos a partir de 1991 suponen una auténtica quiebra del modelo, lo que está originando una situación potencialmente explosiva no sólo respecto al sistema de defensa nacional sino también respecto al conjunto del ordenamiento jurídico, fundamento y garantía de la convivencia nacional.

Los hechos son conocidos y aquí no cabe sino recordarlos sucintamente.

a) Por una parte, se ha producido un crecimiento espectacular del número de objetores. En 1990 fueron declarados 21.140 objetores; en 1991, 29.526; en 1992, 35.584, tras haberse presentado 42.454 solicitudes. En 1993 las solicitudes han ascendido a 68.209, de las que el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia ya ha resultado favorablemente 46.084. En tan sólo cuatro años las solicitudes de objeción se han triplicado. En relación con el contingente el porcentaje alcanzado en 1993 se acerca ya al 25%, cifra substancialmente mayor a las que se registran en los países democráticos de nuestro entorno.

No sólo hay que tener en cuenta la magnitud de estas cifras sino la velocidad de expansión del fenómeno. La objeción ha dejado de ser un hecho marginal y en algunas Comunidades Autónomas (País Vasco y Navarra) los objetores son ya la mayoría de los jóvenes de cada reemplazo.

b) Por otra parte, ha surgido el problema de los *insumisos*, con cifras también de gran relevancia. Se estima (datos del M.O.C.) que el número de insumisos alcanzaba a finales de diciembre de

1993 la cifra de 4.500, de los que más de una tercera parte proceden del País Vasco y Navarra.

Nos enfrentamos, pues, con el primer fenómeno de *desobediencia civil* de envergadura en nuestra historia democrática.

Los pronunciamientos judiciales en los procesos de insumisos están creando un gran desconcierto. Se han pronunciado sentencias absolutorias (por exclusión de antijuridicidad de la conducta), sentencias con admisión como causa atenuante de la eximente de estado de necesidad (que rebaja la condena a cuatro meses de arresto mayor), sentencias condenatorias con solicitud de indulto por el órgano jurisdiccional y sentencias condenatorias. Además este fenómeno de desobediencia civil está recibiendo apoyos de sectores significativos de la sociedad española (del mundo eclesástico, del mundo de la cultura, etc.).

4. Ante el panorama descrito la ineludible cuestión es *qué hacer*.

La complejidad de los intereses y valores en juego y de los factores a considerar no hace fácil elaborar una respuesta. Este seminario pretende reflexionar sobre las posibles alternativas ya planteadas o que pueden diseñarse.

Las resumiremos esquemáticamente.

5. La primera opción es *aguantar el chaparrón*.

Se apoyaría en los siguientes argumentos:

* El modelo actual de Fuerzas Armadas y servicio militar es —conforme a los criterios contenidos en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados el 27 de junio de 1991— el único viable por ahora y cualquier modificación de sus planteamientos esenciales sería un grave error.

* El espectacular crecimiento de los objetores de conciencia puede ser una moda pasajera. Carecemos de suficiente perspectiva para poder afirmar que el creciente rechazo de los jóvenes españoles al servicio militar sea un fenómeno consolidado. Incluso si se mantiene la actual *ratio* de objetores, el “modelo mixto” hoy asumido con la perspectiva de la reducción de los efectivos haría viable la pervivencia del sistema.

En definitiva, se trataría de aplicar la máxima ignaciana (“en tiempos de tribulación...), es decir, de adoptar la máxima prudencia.

Esta opción presenta —a mi juicio—, al menos, un inconveniente: qué hacer con los insumisos. Implicaría afrontar con decisión el problemas de la desobediencia civil e intentar combatirla con todos los instrumentos de reacción que tiene el ordenamiento jurídico. Pero no podemos olvidar que los fenómenos de desobediencia civil en una sociedad democrática no pueden sólo abordarse con mecanismos de orden punitivo. ¿Se contaría con suficiente apoyo en la opinión pública? ¿Nuestra sociedad aprueba que tres mil o cuatro mil jóvenes insumisos cumplan las penas de privación de libertad? ¿No se produciría una importante fractura en la opinión pública española? ¿No se incrementarían las tensiones sociales en torno a este problema?

6. La segunda opción es *introducir reformas con la finalidad de desactivar la situación conflictiva, manteniendo los rasgos esenciales del sistema.*

Las dos reformas fundamentales consistirían en:

- a) La modificación del régimen penal de los insumisos.
- b) La dignificación y mejora de la prestación social sustitutoria.
- c) Si el actual régimen de represión penal de los insumisos hace aguas, la primera solución sería o plantearse la despenalización de tal conducta o la reforma de su tratamiento penal, con la exclusión de penas privativas de libertad.

Esta vía posee la fascinación del prestigitador que oculta el conejo en su chistera. Desactiva el problema sin más. Pero suscita también serios interrogantes.

Respecto a la despenalización, ¿es admisible para la coherencia del conjunto del ordenamiento jurídico despenalizar una conducta consistente en rehusar a cumplir la única prestación personal que se deriva de un deber de carácter general proclamado por la Constitución? ¿No se trata *ipso facto* de debilitar el carácter de obligación jurídica de dicha prestación personal, por la desproporción entre el sacrificio que impone la prestación y la sanción, ya necesariamente de carácter administrativa, a que daría lugar su incumplimiento?

En cuanto a la reforma del tratamiento penal, con la finalidad de excluir penas privativas de libertad, la dificultad es determinar qué penas alternativas podrían ser idóneas y proporcion-

das al bien jurídico lesionado. En el actual proyecto de Código Penal las penas privativas de derechos previstas son: las inhabilitaciones, absoluta y especiales, la suspensión de empleo o cargo público, la privación de derecho a conducir vehículos a motor y la privación del derecho a residir en determinados lugares. En torno a ellas tendría que girar el eventual tratamiento penal de los insumisos, pues las penas de multas serían manifiestamente inaplicables.

En realidad de las penas privativas de derechos antes expuestas, las distintas modalidades de inhabilitación (absoluta o especiales) serían las más apropiadas. Pero no puede dejar de plantearse respecto a ellas si se observa el principio de proporcionalidad, esencial para el logro de lo que Singer llama el "compromiso justo", sin el que una convivencia democrática se desmorona.

b) La otra reforma consistiría en la dignificación y mejora de la prestación social sustitutoria. En realidad uno de los factores de la quiebra del sistema actual ha sido la incapacidad por parte de la Administración de construir un régimen de prestación social que verdaderamente responda a las previsiones del legislador. Baste señalar que hasta 1992 y desde la entrada en vigor del Reglamento que regula la prestación sólo se han incorporado menos de 5.000 objetores, frente a los casi 83.000 reconocidos oficialmente desde 1985. El mundo de la prestación social sustitutoria vive un auténtico caos por el desbordamiento del número de objetores y la falta de capacidad de crear plazas para desarrollar los tipos de tareas fijados por la ley al servicio del interés general de la sociedad. En definitiva, se trataría de arreglar con urgencia la desastrosa situación hoy existente y posibilitar que el sistema de la prestación social salga de su actual marasmo.

7. En estos momentos se está barajando una tercera opción: *el establecimiento de un servicio civil en desarrollo del apartado 3 del artículo 30 de la Constitución.*

El planteamiento es a primera vista ingenioso. Consistiría en establecer por ley un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general, que para quien lo hubiera realizado se convertiría en causa de exención del servicio militar obligatorio. Con esta solución —estiman sus defensores— habríamos creado en la práctica un sistema alternativo de servicio militar o civil a la carta, sin necesidad del quebrar el modelo constitucional. El joven no necesitaría declararse objetor para no cumplir el servicio militar.

Bastaría con que se apuntara al servicio civil, con anterioridad a su incorporación a filas.

Desconocemos los perfiles que podría tener una posible regulación del servicio civil con el planteamiento apuntado. Pero a la hora de examinar de cerca la idea surgen no pocos y serios interrogantes:

* ¿Se trataría de elaborar un servicio civil *obligatorio* como pura alternativa al servicio militar obligatorio? Si así fuera, habría que extender forzosamente tal prestación personal a las mujeres, pues ya no sería aplicable en este caso la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que considera que la exclusión de la mujer de la obligatoriedad del servicio militar no vulnera el principio de no discriminación por razón de sexo.

En todo caso, esta idea supone la introducción en nuestra sociedad de un nuevo tipo de prestación personal obligatoria sin apoyatura directa en la Constitución, aún cuando ciertamente constitucionalmente permitida. Ya no se trataría de una obligación derivada del deber de defensa, sino —como apuntan los defensores de esta tesis— del principio de solidaridad. La implantación de una prestación personal en nuestras modernas sociedades requiere para su viabilidad un fuerte consenso social. Exigiría un acuerdo global de las fuerzas políticas parlamentarias y un serio debate en la opinión pública, en el que tendría que afrontarse la legitimación de esta prestación personal de actividad.

La idea puede ser sugestiva, pero hay que tener conciencia de que consiste en *crear un nuevo problema*, cuyo resultado a mí se me antoja incierto, para resolver el problema que tenemos entre manos. En nuestra sociedad implantar un nuevo servicio civil, que afectaría a más de cuatrocientos mil jóvenes al año, no es una tarea que pueda abordarse alegremente, sin perjuicio del debate teórico sobre si tal tipo de prestación de actividad son aceptables en el seno de nuestras sociedades.

* *¿Servicio civil de carácter voluntario, por tanto?*

Pero su regulación —hecha con el fin de convertirse en una causa de exención del servicio militar obligatorio— presentaría no pocos problemas:

a) *¿Tendría que realizarse con anterioridad al servicio militar?*

b) ¿Podría establecerse un sistema de prórrogas y con qué límites?

c) ¿Cuál debería ser su duración?

d) Dado su carácter voluntario, ¿podría tener establecido un régimen disciplinario semejante al de la prestación social sustitutoria?

e) ¿Que ocurriría con el voluntario que cumpliera parcialmente o de modo incompleto el servicio?

f) ¿Qué tipos de control se podrían ejercer, que no desnaturalizaran el carácter voluntario del servicio?

Pero además —como ha puesto de manifiesto Francisco Tomás y Valiente— un servicio civil de este tipo no supondría la supresión de la objeción de conciencia, pues en todo caso, sería un derecho ejercitable por quien sin acudir voluntariamente al servicio militar rehusara la realización del servicio militar obligatorio.

Por ello, al servicio civil voluntario complicaría el sistema actual, ya que supondría la existencia de:

1. Un servicio civil voluntario, como causa de exención del servicio militar, que habría que regular, organizar y controlar.
2. El servicio militar.
3. La prestación social sustitutoria para los declarados objetores de conciencia.

Y, desde luego, hay que tener claro que la implantación de este tipo de servicio civil voluntario —que tendría que estar abierto obviamente a las mujeres— no resolvería en modo alguno el problema de la insumisión.

En definitiva, el servicio civil voluntario no tendría otra consecuencia que disminuir posiblemente el número de objetores, pero creando un sistema con una complejidad difícil de gobernar.

8. La cuarta opción es la más radical: *suprimir el servicio militar obligatorio y adoptar un modelo de Fuerzas Armadas basado en la profesionalización y el voluntariado.*

Quien escribe estas líneas ha llegado a la conclusión de que ha llegado el momento de plantearse muy seriamente esta opción. Y ello en razón de los siguientes argumentos, expuestos aquí esquemáticamente para dar lugar a su discusión en el seminario.

a) En primer lugar, porque resulta ya difícilmente sostenible la vieja tesis de C. Schmitt de que las dos instituciones imprescindibles en la democracia son el sufragio universal y el servicio militar obligatorio. El ejército de leva no es un requisito para la maduración de una fuerte conciencia nacional y el patriotismo, como lo demuestran los casos norteamericano y británico. Ni siquiera es necesario el ejército de leva para lograr la indispensable identificación del pueblo con sus fuerzas armadas. Un ejército de base profesional y de voluntariado puede suscitar tanta adhesión o más en el conjunto de la ciudadanía que un ejército de leva. Tan hijos de la patria son los soldados de uno u otro tipo de ejército. Y las connotaciones negativas de un "ejército de mercenarios" son hoy más fantasmas que realidades.

b) En segundo lugar, por la evolución misma de los sistemas de defensa y de la concepción de la guerra, que han supuesto una profunda transformación de las estructuras operativas de los ejércitos. Las tropas de leva ya no desempeñan la misma función que en las circunstancias históricas en que se modeló y consolidó el tipo de ejército nacional basado en el reclutamiento obligatorio. Las necesidades de nuestra defensa podrían quedar mejor cubiertas con un ejército profesional operativo y dotado de los medios adecuados de disuasión.

c) En tercer lugar, porque el modelo de ejército nacional basado en la conscripción exige un fuerte consenso social, máxime en una sociedad democrática. Si se tiene la percepción de que ese consenso está seriamente resquebrajado, los problemas para el mantenimiento del modelo de ejército de reclutamiento obligatorio irán creciendo, y ello afectaría incluso gravemente a la misma defensa nacional.

d) En cuarto lugar, porque la tesis de que la exclusión de la mujer del servicio militar obligatorio no vulnera el principio de no discriminación —hoy aceptada por las más altas instancias jurisdiccionales— será cada vez menos defendible. En definitiva, la doctrina jurisprudencial sobre la no discriminación (existirá cuando haya "causa objetiva y razonable" que justifique la diferencia de trato) hace depender la apreciación de la discriminación o no de la "razonabilidad" de tal diferencia de trato existente. Y el juicio de razonabilidad es de por sí variable. Muy probablemente hay ya muchos jóvenes españoles que no consideran con suficiente razonabilidad la diferencia de trato.

La aceleración de los hechos obliga a no caer en la política del avestruz. Quien suscribe estas líneas teme más en este caso la política de parches o de "ingeniería constitucional". Conservar nominalmente un servicio militar obligatorio que no lo fuese en la realidad por la facilidad de escaparse de él por los vericuetos diseñados en los laboratorios jurídicos sería la peor de las soluciones.

La constitucionalización del servicio militar obligatorio —que aquí se propugna conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional— ofrece una ventaja: habría que cambiar el artículo 30 de la Constitución para poder suprimir el reclutamiento obligatorio. Eso, a mi juicio, más que una dificultad representaría una ventaja, con tal de que se perdiera el miedo reverencial a modificar una coma de nuestra Norma Fundamental. Daría seriedad al cambio de modelo de Fuerzas Armadas y podría propiciar —tras el oportuno debate nacional— un nuevo consenso en torno al nuevo modelo. Porque, en efecto, cambiar el modelo de Fuerzas Armadas es una de las cuestiones capitales para la comunidad nacional. Lo importante no es el artículo 30 de la Constitución sino nuestro modelo de defensa nacional. *Rectius*, lo esencial es no vaciar de contenido por la puerta falsa el artículo 30 de la Constitución.

