

COMENTARIO DE URGENCIA A LOS DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Francisco Blay Villasante
General Consejeroogado

Con permiso de los especialistas en la materia, mis admirados J.L. Rodríguez Villasante, Calderón Susín y Millán-Garrido, me atrevo a una breve exégesis de apremio de la normativa que regirá a partir del 25 de Mayo de 1996 referida a los retrasos en la incorporación a filas y a los incumplimientos del servicio militar obligatorio, siquiera sea para que les sirva de acicate y pongan manos a la obra en la puesta al día de su espléndido libro sobre *“Los delitos de prestación del servicio militar”* (*), adaptándolo a la nueva regulación de los mismos. Tal es la profundización en los fenómenos de las insumisiones, desertión y ausencia arbitraria en la referida publicación, que sería imperdonable dejar inacabada la tarea. A ellos dedico, pues, esta humilde exégesis de la Sección 2ª, del Capítulo III, del Título XXIII del Libro II del nuevo Código Penal —muchos de cuyos comentarios y consideraciones tienen como inspiración y fuente su libro, así como el lúcido prólogo de José Jiménez Villarejo—, a la espera de su magistral lección.

El art. 604 del nuevo Código Penal refunde los artículos 135 bis h) y bis i). Al margen la menor severidad en la punición, las diferencias en la conducta típica son importantes y existen relevantes innovaciones que merecen destacarse:

Retraso en la incorporación a filas, que es la primera modalidad del precepto:

El cambio de la locución “citado reglamentariamente” por “citado legalmente”, apenas tiene importancia, pues en el precepto del 135 bis h)

(*) JM Bosch Editor, Barcelona, 1.995.

se hacía referencia al Reglamento de Reclutamiento y el art. 604 se fundamenta en la Ley del Servicio Militar, a la que aquél desarrolla, por lo que la nueva expresión es más correcta desde una perspectiva de técnica legislativa.

Por lo demás, se suprime la referencia de falta de incorporación para el cumplimiento de “otras obligaciones militares”, que era, y es, un término equivoco, porque no expresa a qué concretas obligaciones se refiere el legislador. Como quien no se ha incorporado a filas no parece tener todavía obligaciones militares, Millán Garrido estimó que el legislador se estaba refiriendo a reincorporaciones, o a “movilización” desde la situación de reserva. En el art. 604 se ha vuelto a la *primigenia redacción del Código Penal Militar*, donde se omitía esa expresión, Y por ende, se ha despenalizado esa concreta conducta. Solo, pues, cometen el delito de falta de incorporación del art. 604, los citados legalmente para el cumplimiento del servicio militar que se retrasen, eso sí, sin renunciar la propia prestación, pues si la finalidad real fuera la de rehusar cumplir el servicio militar, su conducta se subsumiría en la segunda modalidad del precepto. Se trata, por otra parte, y esto es innovador, de un retraso injustificado superior a un mes, lapso que no se da en el hoy vigente Código Penal. El sujeto activo es un ciudadano concreto declarado “*uti milis*”, no cualquier ciudadano genérico. El tiempo y el lugar de la incorporación vienen determinados en el llamamiento y es a partir de ese día concreto cuando comienza el cómputo del mes, a diferencia de lo previsto en el art. 135 bis h), en el que, fijada la fecha, la no incorporación ese día implica la consumación instantánea del delito.

Más trascendencia aún tiene la modificación de la dicción “sin causa legal” del 135 bis h), por “sin causa justificada”. También aquí se asume la redacción procedente del Código castrense, que hablaba en el suprimido art. 124 de “sin justa causa”. Tanto esta expresión como la del 604 son más omnicomprendivas, flexibles y abiertas que la del art. 135 bis h), posibilitando causas de valoración equitativas más amplias. La “causa legal”, que es un elemento negativo del tipo, significa una restricción, toda vez que los justos motivos para no incorporarse harán entrar en juego los arts. 8º y 9º del Código, como eximentes o atenuantes, pero son irrelevantes en el ámbito de la tipicidad. “Causa legal” no es la que impide la incorporación, sino la que determina la inexistencia de la obligación de incorporarse, y por ello, solo pueden ser causas legales la exención del servicio militar y la objeción de conciencia reconocida. Con la nueva redacción del tipo delictivo en el futuro Código, será atípico el

retraso en la incorporación por causa justificada, por impedimentos físicos o morales.

Lo que ya no resulta tan lógico es la pena imponible, exactamente la misma que para el que se niegue a cumplir el servicio militar sin causa legal.

Hoy, la penalidad del. 135 bis h) es menos grave que la del 135 bis i), y a más el primero no lleva aparejada la pena de inhabilitación.

En el nuevo Código Penal se equiparan las penas para ambos delitos, tanto privativas de libertad como de pérdida de derechos. Poca es la diferencia, en comparación con la actual regulación, en cuanto al tope mínimo y significativa, por posibilitar la suspensión, en el tope máximo (dos años, en vez de dos años y cuatro meses), pero a cambio se castiga con una nueva y grave pena de inhabilitación absoluta, que no es ni siquiera por el tiempo de la condena, sino de diez a catorce años, en tiempos de paz, inhabilitación que, además, incluye unos efectos muy severos.

No me parece correcta la equivalencia de penas entre los ilícitos de retraso en la incorporación a filas y las negativas a cumplir el servicio militar. El fundamento habrá que buscarlo en la mayor flexibilidad en las alegaciones de causas justificadas en los retrasos, que implicará sobreseimientos, pero, sobre todo, porque —como señala Calderón Susín— aún siendo tal falta de incorporación diferente a la negativa a cumplir el servicio militar, en la práctica se estaba detectando una confusión de ambos delitos cuando el insumiso decide adoptar, como táctica, la de no incorporarse al llamamiento sin decir nada, lo que da lugar a que, lograda su comparecencia, cuando éste desvela su condición de insumiso, solo se le puede condenar, por exigencias del principio acusatorio, por el delito por el que se inició el procedimiento (el del art. 135 bis h) de penalidad más leve, pero con la secuela de seguir estando obligado al cumplimiento del servicio militar, comenzándose así la dinámica de las condenas en espiral. La equivalencia punitiva en el nuevo Código de ambas modalidades, y el hecho de que el cumplimiento efectivo de las condenas en los dos delitos comporte la exención del servicio militar, erradicará esta problemática.

SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA DEL ART. 604

Del examen comparativo de su contenido con el 135 bis i) , es de subrayar, asimismo, que se suprime la locución “otras obligaciones mili-

tares”, por lo que de acaecer este incumplimiento (en las reincorporaciones o movilizaciones) será atípica, ilícito administrativo.

Ya no contiene la expresión “causa justificada” de la primera modalidad delictiva, sino que mantiene la de “causa legal”, lo que nos indica que en esta conducta persiste la restricción, solamente son válidas para la atipicidad las causas legales —objeción de conciencia reconocida o exención declarada del servicio militar— lo cual es congruente, pues no hay nada, salvo esas tasadas causas, que hoy por hoy justifique la negativa al cumplimiento de un servicio militar obligatorio.

Por lo demás, se sigue insistiendo en que solo comete este delito el ciudadano que aún no se ha incorporado a las Fuerzas Armadas, pues si fuese ya militar su conducta se incardinaría en el párrafo 3º del art. 102 del Código Penal Militar.

El precepto concreta que rehusar este incumplimiento equivale a manifestar de modo explícito en el expediente de incorporación, su negativa a cumplir el servicio militar, ello con la finalidad de evitar conductas ambiguas (negarse a cortarse el pelo, o vestir el uniforme, etc...) que acarrearán antaño dudas, haciendo controvertida la tipicidad. Solo, pues, cometerá este delito quien exprese en el expediente de modo indubitado, al llegar a su Unidad, que rehusa ser militar.

En el nuevo Código Penal la pena con que está sancionado este delito es mucho menos severa. Sufre una minoración importante el tope inferior, que es de seis meses, y no de dos años, cuatro meses y un día, y se reduce también sensiblemente el tope máximo, que es de dos años de prisión y no de seis, en tiempos de paz. Como consecuencia, esa menor duración de la pena privativa de libertad posibilitará la suspensión de la ejecución de la condena, toda vez que el art. 80 facultará a los Tribunales a dejarla en suspenso cuando se trate de penas inferiores a dos años. En teoría, pues, debieran ser muchas las remisiones condicionales de las penas de prisión impuestas en el futuro a los “insumisos”, pero quizá la práctica nos reserva sorpresas, por tener que conjugarse dicha remisión con la exención del servicio militar resultante del cumplimiento efectivo de las penas, como luego veremos.

También cabrán otras posibilidades, mediante la sustitución de las penas de prisión por arrestos de fin de semana o multas. Si mis cálculos no son erróneos, suponiendo que los Jueces apliquen el límite inferior de la pena en los dos delitos del art. 604, o sea, seis meses de prisión, el reo cumplirá 48 arrestos de fin de semana, o una multa, dada la precaria situación económica de los jóvenes, de 72.000 Pts., si la cuota se fija en 200

Pts./día. Y en ambos supuestos delictivos, por haber cumplido así la condena, se les eximirá del servicio militar.

Es decir, que con 72.000 Pts. se librarán del servicio militar, aunque seguirán soportando la pena de inhabilitación por lo menos diez años.

Esto demuestra que en este precepto para muchos, no para todos, lo verdaderamente importante y gravoso es la pena privativa de derechos, no la de libertad.

Lo innegable es que con esta suavización punitiva del art. 604, respecto de la pena de prisión, ya no perjudicamos, como se nos achacaba, el proceso de integración europea, con desigualdades penológicas, y nos alineamos, menos en la duración de la inhabilitación, con el grupo de países (Austria, Francia, Holanda, Portugal, Suecia y Suiza) con templanza en la punición de estas conductas.

Un breve comentario respecto al plazo de la pena de inhabilitación, que se denomina en el nuevo Código pena privativa de derechos, y que ya no es por el tiempo de la condena, sino de diez a catorce años. Según el art. 40 del mismo su duración —mayor que la del Código actual— es la de seis a veinte años y produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado y, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos e empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público. Saliendo al paso de la problemática que suscitó la inhabilitación absoluta “por el tiempo de la condena” del 135 bis i), el legislador del Código de 1.995 se refiere en el tipo delictivo del 604, en relación con el art. 40, a todos los puestos de participación en la función pública en cualquiera de sus manifestaciones, incluso los electivos, precisando en el segundo párrafo que “la inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de las Administraciones, entidades o empresas públicas o de sus Organismos autónomos y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo”, lo que equivale en la práctica a perpetua extinción de la relación de empleo público —Rodríguez Villasante citando a Córdoba Roda—, a lo que se ha venido en denominar la “muerte civil”.

Será, en consecuencia, esta inhabilitación absoluta una pena disuasoria para muchos jóvenes, (para otros: campesinos, braceros, operarios, marginados, etc quizás inocua). Pero las cañas se pueden volver lanzas y a tenor de los precedentes no es aventurado vaticinar que seguirá sirviendo de acicate para quienes, por imperativos morales o políticos, estiman más asumible para sus fines la inmolación victimista que resquicios

equitativos legales, que debilitarían el éxito conseguido hasta ahora, en una batalla que tienen ganada, hoy por hoy.

Un último fleco problemático: el último párrafo del art. 604. Cumplida la condena (evidentemente se refiere el legislador a la privativa de libertad, pues la de derechos rebasaría el plazo viable para incorporarse a los Ejércitos), el penado quedará exento del cumplimiento del servicio militar, salvo el supuesto de movilización por causa de conflicto armado.

Frente al pretendido efecto de prevención general insito en el art. 135 bis i), que se exterioriza en el Código Penal actual en el límite inferior de la pena, haciendo inviable la remisión condicional, el nuevo Código, al posibilitarla siempre en lo sucesivo, plantea, cohonestando esa posibilidad con el último párrafo del artículo 604, el interrogante de cómo hacer compatible tal remisión con la exención del servicio militar dimanante de su cumplimiento, en las dos modalidades delictivas. Toma cuerpo así la dicotomía remisión condicional-exención del servicio militar.

Los tratadistas, en la exégesis del actual 135 bis i), ya abordaron el problema, estimando que la exención no veda la viabilidad de conceder la condena condicional, cuando, al concurrir hoy eximentes incompletas o atenuantes, la pena impuesta fuese menor de un año.

Admitido esto, que, sin necesidad de concurrencia de circunstancias modificativas, es incuestionable en el nuevo Código, la problemática se reabre de nuevo.

No hay que olvidar que esta exención, en la normativa actual y en la futura inminente, lo que intenta es evitar las denominadas condenas en cadena o espiral de quienes con reiteración y contumacia se retrasan o rehusan cumplir el servicio militar sin haber obtenido la condición de objetores de conciencia. Se trata, por consiguiente, de una eficaz medida de seguridad para prevenir situaciones conflictivas posteriores, recayendo, una y otra vez, en el mismo delito.

Para Millán Garrido y Rodríguez Villasante, requiere la exención el *efectivo cumplimiento de la pena*, lo cual veta aplicarla en los supuestos de remisión condicional o indultos. No les falta lógica, pues de lo contrario podría producirse un fácil fraude de Ley: lo más práctico para eximirse del servicio militar sería incurrir en el delito del art. 135 bis i), y mañana en el delito del art. 604, y si la condena fuera objeto de remisión condicional, por sistemática y rutinaria aplicación de los artículos respectivos que así lo previenen discrecionalmente, ya no habría obligación de cumplir obligación militar alguna. Otros ciudadanos, mientras tanto, per-

manecerían nueve meses en filas o trece meses cumpliendo la prestación social sustitutoria, sin haber cometido delito alguno. Sería injusto y un quebranto del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de nuestra Carta Magna. (1)

En lo que respecta a la retroactividad de la ley más beneficiosa, a la entrada en vigor del nuevo Código, sospecho que no habrá problemas en el delito de incumplimiento de la prestación social sustitutoria —donde ya no existe pena privativa de libertad—, ni en el del incumplimiento del servicio militar, en el que la nueva penalidad es más benigna. Las Sentencias recaídas se revisarán a favor del reo. No acontece lo mismo con el delito de falta de incorporación, del art. 135 bis h), pues las penas que por tal tipo delictivo se hayan impuesto, estarán, generalmente, dentro de las imponibles del nuevo Código, y además, en éste, hay inhabilitación absoluta, inexistente en su precedente, por lo que siendo más grave la penalidad, no será factible la revisión de tales Sentencias. Pero como en el art. 135 bis h), cumplida la pena, no se produce la exención del servicio militar, seguirá subsistiendo la problemática de las penas en cadena o espiral.

Como corolario de todo lo expuesto, como sería utópica la reforma del nuevo Código Penal cuando aún no ha empezado a regir, y dado que no son, para algunos, satisfactorias las privaciones de libertad con las que en el mismo están conminadas las conductas que estamos examinando, y para casi todos las exageradas penas privativas de derechos, desde la óptica exclusiva de estos comentarios, sin apoyo en ideologías o conveniencias espurias o económicas, ajenas a la penología, la solución ideal a toda la problemática expuesta es, sencillamente, la supresión del deber del servicio militar obligatorio, que encuentra sólido fundamento, según Millán Garrido, en razones tanto pragmáticas como operativas castrenses. Tiene razón Millán Garrido al afirmar que hoy el potencial bélico de un Estado se basa en sofisticados medios de acción de avanzada tecnología, por lo que resulta más conveniente quizás un Ejército reducido, especializado y con elevada capacitación, opinión que comparte con el Almirante Liberal Lucini. Ciertamente, como también asevera Rodríguez Villasante, que no es posible la Defensa Nacional sin unas Fuerzas Armadas adecuadas, pero tampoco sin un clima social sano de acuerdo con la unanimidad nacional

(1) ¿Aplicará el Juzgador de oficio la remisión condicional u oirá al reo para que opte? ¿Comunicará a la Autoridad Militar las suspensiones de condena para que el suspenso pueda ser llamado al cumplimiento del servicio militar de nuevo?

sobre los destinos de la Nación. Ese clima social y esa cohesión hoy no existen.

Con un Ejército profesional, —ya lo dijo con irónica plasticidad Calderón Susín— muerto el perro se acabó la rabia. Fin de la objeción y de la insumisión.

Permítaseme, para terminar, una última consideración metajurídica: el legislador no puede ir contra la realidad social. Siendo, como lo es, imperativo proteger los altos intereses del Estado, estimo, con Jimenez Villarejo, que no es, sin embargo, conveniente cobijar intereses de política de Defensa Nacional optativos y no necesarios, bajo el paraguas del Derecho Penal.

Se dirá que, mientras subsista la conscripción, la penalidad del nuevo Código es necesaria para la disuasión de la insumisión y, además, que no todos los objetores e insumisos son auténticos y obran por convicción, que los hay advenedizos. No lo sé. Lo que sí sé es que alguna razón oculta se esconde tras el hecho de que la desobediencia civil en España casi duplique la de los países más democráticos y progresistas europeos donde rige el servicio militar obligatorio.

Ello nos ha de obligar a reflexionar, para encontrar, con imaginación, soluciones. Junto a una cruzada de rearme moral, que despierte la conciencia de Defensa Nacional, como demandan algunos, una solución, transitoria, hasta que el Ejército se profesionalice, pudiera consistir en un leve acortamiento del servicio militar, haciéndolo, a la vez, más útil, más atrayente y más fecundo, mejorando la calidad de vida de los reclutas e introduciendo algún incentivo para quienes lo cumplan. Y en cuanto a la prestación social sustitutoria, que su duración no rebase los nueve meses, puestos para todos los objetores y su cumplimiento dentro de plazo.

Simultáneamente, ahondar en las causas de la desobediencia civil con pautas distintas a las de antaño, pues la juventud actual, con todos sus defectos y con todas sus virtudes, es distinta a la del pasado, y es esa juventud, y no otra, la que, minoritariamente, no se olvide, rehusa la prestación sustitutoria y el servicio militar, quebrantando la norma —los insumisos—. Pero la gran mayoría de esos jóvenes, hay que subrayarlo, lo que hacen, sencillamente, es, como apunta Jiménez Villarejo, ejercitar un derecho: el derecho constitucional a la objeción de conciencia.

Tampoco podemos echarles en cara —sigue meditando Jiménez Villarejo— el aparente eclipse, en ellos, de ciertos valores, como el de la solidaridad, porque nos sorprenden, a veces, con la renovada vigencia de esos mismos valores, aunque con distinta forma o en otra dirección, como

acaece cuando esos insumisos y esos objetores, voluntariamente, marchan a Bosnia-Herzegovina, en labores humanitarias.

Como ya dije en otra ocasión, en las manos de los jóvenes está el futuro de España. Descifrar ese futuro, descifrándoles a ellos, es nuestra labor.