

INSTRUCCIÓN NUMERO 4/1992, de 28 de abril

PENALIDAD EN LOS DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR

La Ley Orgánica del Servicio Militar de 20 de diciembre de 1991 —que entró en vigor el último día del mismo año—, ha supuesto la reforma de las leyes penales, procesales y disciplinarias militares, derogando expresamente la anterior Ley del Servicio Militar de 1984 y cuantas otras disposiciones que se opongan a lo establecido en las mismas, así como la inclusión de dos nuevos tipos penales en el Código Penal común.

En la disposición transitoria séptima de la reciente ley, en su punto número 1, se establece que los preceptos penales de la Ley del Servicio Militar se aplicarán a infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor.

El punto número 2 de la citada disposición, determina que los Tribunales Militares y los Jueces Togados Militares en los procedimientos que se sigan por delitos de no incorporación a filas o por negativa a la prestación del servicio militar (art. 124 y 127 del Código Penal Militar), deberán ser remitidos cualquiera que sea su estado procesal a los órganos de la jurisdicción ordinaria, quienes aplicarán estos artículos que se derogan, a la vez que se incorporan al Código Penal común mediante la disposición adicional séptima los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, correspondientes a los artículos 135 bis h) y 135 bis i). Ello nos lleva a diferenciar entre dos situaciones distintas. Unas, las conductas anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Servicio Militar en las que se aplica por mandato imperativo del Legislador los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar, otras, las que se

producen a partir del día 31 de diciembre de 1991, en las que se aplican los artículos 135 bis h) y 135 bis i) del Código Penal común. En definitiva el propósito del Legislador no es más que un traslado de estos artículos de la legislación militar a la ordinaria para que no se produzca un vacío normativo, ya que las conductas que se tipifican provienen de una misma acción delictiva.

Así, el artículo 127 del Código Penal Militar establece: «el español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años. Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización en tiempo de guerra».

El precepto paralelo al anterior, es el artículo 135 bis i) del Código Penal, en el que se recoge prácticamente el mismo contenido: «El que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusase sin causa legal a este cumplimiento será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión mayor o la de reclusión menor en su grado mínimo. Una vez cumplida la condena impuesta el penado quedará exento del cumplimiento del servicio militar, excepto en caso de movilización en caso de guerra.»

Consultadas distintas fuentes de la jurisdicción militar, la realidad práctica demuestra que la inmensa mayoría de los procedimientos incoados por esa jurisdicción e inhibidos a favor de los órganos jurisdiccionales ordinarios, se incardinan en el tipo descrito en el artículo 127 del Código Penal Militar, pues se trata de ciudadanos que habiendo sido declarados aptos para el servicio militar y destinados a un acuartelamiento, a la par que no se incorporan el día señalado, remiten un escrito en el «que se niegan expresamente a la realización del servicio militar», devolviendo la documentación que habían recibido, por lo que les correspondería la pena de uno a seis años de prisión, siendo por el contrario muy escaso el número de procedimientos abiertos por el tipo del artículo 124 del Código Penal Militar.

Ahora bien, analizando y comparando el extinto y aplicable artículo 127 del Código Penal Militar y el nuevo tipo del artículo

135 bis i) del Código Penal común, ha de apreciarse una notable diferencia en cuanto al tratamiento de la penalidad:

— en el artículo 127 se establece la pena de *uno a seis* años de prisión. (Es decir, de 12 a 72 meses).

— en el artículo 135 bis i) se determina la pena de *dos años, cuatro meses y un día a seis años* de prisión. (De 28 meses y un día a 72 meses).

En ambos casos, la condena lleva aparejada la exención del servicio militar. Llegados a este punto, es donde interesa resaltar, que esa diferencia de penalidad podría llevar a un tratamiento distinto en las conductas punibles, dependiendo exclusivamente del ámbito temporal de la realización de las mismas.

Así, en las calificaciones del Ministerio Fiscal que se efectúen conforme al artículo 127 del Código Penal Militar (las anteriores a 31 de diciembre de 1991), siempre que no concudiesen circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la petición de pena podría ser de *un* año de prisión menor, lo que podría conllevar a la aplicación de los beneficios de la condena condicional del artículo 93 del Código Penal con la consiguiente exclusión del servicio militar sin cumplimiento efectivo de la pena.

Por el contrario, en aquellas calificaciones que se efectúen conforme al artículo 135 bis i) del Código Penal común (las posteriores a 31 de diciembre de 1991), conllevarían una petición de pena nunca inferior a los *dos años, cuatro meses y un día* de prisión menor, no siendo por tanto aplicable en ningún caso los beneficios del artículo 93 del Código Penal, debiendo por ello ingresar el ciudadano en prisión para el cumplimiento efectivo de la pena.

Es esta diferencia en la penalidad de los tipos, lo que llevaría a una discriminación en el tratamiento de las conductas que provienen de una idéntica acción, por lo que en aras al principio de igualdad de la ley es preciso corregir mediante las consideraciones que se recogen en las conclusiones de la presente instrucción.

Plantea menor problema el relativo a las conductas que se prevén en los artículos 124 del Código Penal Militar y 135 bis h) del Código Penal común, relativas al ciudadano «que no se incorpore a las Fuerzas Armadas en el plazo fijado para ello».

En el artículo 124 del Código Penal Militar se regula la conducta de «el recluta que, citado reglamentariamente, no efectuase

sin justa causa, su incorporación en el plazo fijado para la concentración o presentación será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años».

Similar referencia se recoge en el artículo 135 bis h) del Código Penal: «El que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares no efectuase sin causa legal su incorporación a las Fuerzas Armadas en el plazo fijado para ello, será castigado con la pena de arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado mínimo. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión menor, en su grado medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo.» En estos supuestos la penalidad también varía, siendo más beneficiosa la que establece el artículo 124 de (*tres meses y un día a seis meses de prisión*) y menos favorable la del artículo 135 bis h) (de *cuatro meses y un día de arresto a dos años y cuatro meses de prisión*), por lo que dependiendo de los criterios cuantitativos de la pena podrían aplicarse los beneficios de la condena condicional, máxime al encontrarnos ante un «delito permanente» que originaría posteriores procedimientos al no quedar en éstos el condenado exento del servicio militar. La pena que determina el artículo 124 del Código Militar hace referencia al término «prisión», ello porque en el artículo 24 de ese cuerpo legal no existe en la clasificación de las penas la de arresto, por lo que en virtud del punto 3 de la disposición transitoria séptima de la LO 13/91 que determina que quienes a la entrada en vigor de esta ley y por aplicación de los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar derogados hayan sido objeto de condena, cumplirán las penas de privación de libertad en «establecimientos penitenciarios comunes», se habrá de entender que el sujeto al quedar bajo la Administración Penitenciaria Civil deberá cumplir su condena por la escala de penas que se recoge en el Código Penal común, ello a efectos de liquidación de condena como por los posibles beneficios penitenciarios que pudieran corresponderle, por lo que la pena será la misma en cuanto a su duración (de *tres meses y un día a seis*) pero adecuándola al arresto mayor.

Es por ello que, en aplicación del principio de igualdad de la Ley que propugna el artículo 14 de la Constitución Española y el de unidad de criterio del Ministerio Fiscal, y para evitar que se

produzcan situaciones dispares en las distintas Comunidades Autónomas derivadas de una misma acción delictiva, encarezco a los señores Fiscales que se adopten las siguientes medidas:

1.^a En el supuesto que establece el artículo 124 del Código Penal Militar, las peticiones de pena en las calificaciones provisionales o definitivas que efectúe el Ministerio Fiscal serán de *tres* meses y *un* día de arresto mayor, mientras que en el tipo homónimo del artículo 135 bis h) del Código Penal, la petición de pena se fijará en *cuatro* meses y *un* día de arresto mayor, ello siempre y cuando no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pudiendo aplicarse los beneficios de la condena condicional establecidas en el artículo 93 del Código Penal.

2.^a En el caso de que se aplique en las calificaciones provisionales o definitivas el artículo 127 del Código Penal Militar, las peticiones de pena que efectuarán los señores Fiscales será de *dieciocho* meses de prisión menor, de manera que no sean aplicables los beneficios del artículo 93 del Código Penal, debiendo de oponerse a la concesión de los beneficios de la condena condicional en los casos en que las condenas fuesen de un año de prisión menor, salvo aquellos casos que pudieran resultar excepcionales; por el contrario, en las calificaciones en que se aplique el artículo 135 bis i) del Código Penal deberá de ser por imperativo legal de *dos* años, *cuatro* meses y *un* día de prisión menor, por lo que no encajan en este supuesto los beneficios de la condena condicional. En ambos supuestos, el condenado quedará exento de la realización del servicio militar.

3.^a Para fijar el criterio de competencia territorial en el supuesto de los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, se habrán de determinar conforme a la Instrucción número 1/91 de esta Fiscalía General del Estado.

estarán orientadas hacia la readaptación y reinserción social, lo que implica un fin humanitario del sistema punitivo del Estado, que debe evitar el ingreso en prisión, si ello es posible, de las personas reinsertadas.

Por ello, hay que interpretar la frase del artículo 2.º número 2.º de la Ley de 18 de 1870 en su verdadero sentido, y éste es el único que dice es que se exceptúan de la posibilidad de ser indultados «los que no estuvieran a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena», pero dicho precepto, no ex-