

# Boletín Criminológico



Director: Per Stangeland.  
Coordinadora: Ana Isabel Cerezo Domínguez.  
Publicado por la Sección de Málaga del IAIC.  
Facultad de Derecho, Universidad de Málaga.  
Campus de Teatinos, 29071 MALAGA.  
Tel: (95) 213 23 25 - Fax: (95) 213 22 42.  
Depósito legal: MA 857/1996 ISSN: 1137-2427.  
Internet: [Http://www.gen.com/emn/crimi](http://www.gen.com/emn/crimi)  
<http://www.emn.derecho.uma.es/crimi>

En este extracto se van a mostrar algunas de las conclusiones más importantes obtenidas acerca de los criterios jurisprudenciales sobre la insumisión. Se trata de determinar la uniformidad o variabilidad jurisprudencial en la aplicación de las normas por insumisión. Constituye este apartado la primera parte de un proyecto de investigación más amplio sobre el pensamiento de jueces e insumisos sobre dicho fenómeno. El proyecto, realizado por la sección de Córdoba del I.A.I.C., ha sido subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia, en su convocatoria de 1994.

## CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA INSUMISION

### Introducción

Dada la fecha de realización de esta primera fase del trabajo (finales de 1994-principios de 1995), las sentencias analizadas en ningún caso responden al nuevo marco legal instaurado por el Código penal de 1995. Debemos advertir asimismo que un importante bloque de las resoluciones examinadas se enclava en la situación legal vigente hasta la LO 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, conforme a la cual la insumisión a dicho servicio encontraba su regulación en el Código penal militar (arts. 124-127). Curiosamente, el límite mínimo de pena previsto en la forma normal de comisión delictiva (negativa expresa a la realización del servicio) era inferior en el código castrense que lo que luego lo fue en el art. 135 bis i) del Código penal común. En aquél, un año; frente a dos años, cuatro meses y un día en éste.

### Metodología

Los resultados obtenidos sobre los criterios jurisprudenciales derivan del estudio de 143 sentencias pronunciadas por Jueces de lo Penal, en el periodo 1991-1994.

En octubre de 1994 nos dirigimos por carta a todos los titulares de este colectivo judicial (el competente en primera instancia, según las normas procesales, para enjuiciar este tipo de delitos, considerados en ese tiempo como "menos graves"), de acuerdo al censo que previamente nos facilitó el Consejo General del Poder Judicial. Realmente, cabe admitir que el número de sentencias consideradas no ha sido muy elevado en atención al de las presumiblemente dictadas hasta esa fecha. Pero, por las razones que sean, muchos Jueces respecto a los que, por otros medios, teníamos conocimiento que habían dictado sentencias por insumisión, prefirieron

### AUTORES:

**Horacio Roldán Barbero**  
**Annaïck F. Le Gal**  
**Manuel Pérez Yruela**  
**Carmen Calvo Poyato**  
**Juan Luis Rascón Ortega**  
**Manuel Fdez Esquinas**

no remitirlas. En concreto, de los 249 Juzgados de lo Penal que componían el censo en la mencionada fecha, tan sólo de 48 tuvimos conocimiento de sus sentencias. El universo es, de todos modos, de difícil cálculo. En las Estadísticas Judiciales que publica el INE no figura un concepto específico por el delito de negativa al servicio militar; sí, en cambio, se establece el de negativa al servicio social sustitutorio. Es posible que, dado que la cifra de "Delitos contra la defensa nacional" (a los que, en realidad, debería pertenecer la negativa al servicio militar) es insignificante, en la categoría de "negativa al servicio social sustitutorio" se cobijen ambas formas de insumisión. De contar con que esto es así, resultaría

un universo de delitos de insumisión apreciados de 1.542, distribuidos de la siguiente manera: 15, en 1991 (primer año, además, donde aparece el concepto delictivo en la Estadística Judicial); 108, en 1992; 622, en 1993; y 797, en 1994.

Teniendo en cuenta, entonces, que el número de sentencias que hemos consultado -como luego aclararemos- es de 143, la muestra representa algo más del 9%.

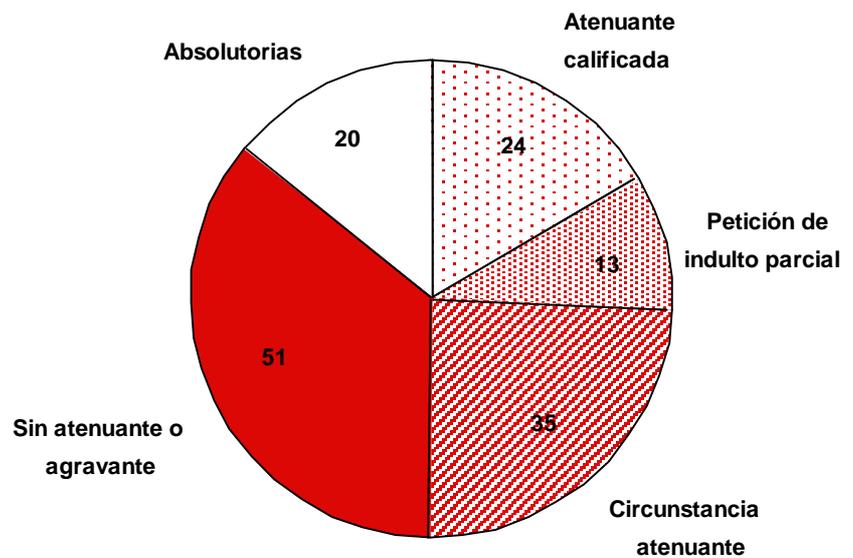
### Resultados: Supuestos Enjuiciados en la sentencias.

La insumisión -como ya se sabe- tiene dos formas: al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.

El número de sentencias examinadas que han enjuiciado la primera modalidad es el de 102, y el de la segunda, 41. Es decir: un 71,32% frente a un 28,67%. Aun con el carácter selectivo de la muestra, creemos que esta proporción puede elevarse al grado de tendencia bastante segura. A finales de 1995, el propio Movimiento de Objeción de Conciencia (MOC) barajaba los porcentajes del 70 y el 30 por ciento, respectivamente. Los insumisos optan mayoritariamente por confrontarse directamente contra el servicio militar en lugar de mediatamente a través del incumplimiento de la prestación social sustitutoria.

En cuanto a los tipos delictivos objeto de las sentencias, de las 102 correspondientes a la insumisión al servicio militar, 95 lo fueron por negativa expresa a realizar dicho servicio, por sólo 7 de falta de incorporación en el plazo fijado. Y respecto a la insumisión a la prestación social sustitutoria, de las 41 sentencias, 25 lo fueron por negativa expresa a realizar la

### Supuestos enjuiciados en las sentencias



misma, 14 por falta de presentación en el plazo fijado y 2 por ausencia del centro donde se cumplía la prestación por más de tres días consecutivos.

A la vista de tales números, puede concluirse que la conducta prototípica del insumiso es la de la negativa expresa.

#### a) Sentencias condenatorias: variables.

De las 143 sentencias analizadas, 123 fueron condenatorias y 20 absolutorias.

La alta cifra de condenatorias (86,01%) no debe hacer pensar en un especial celo judicial en la expiación penal contra los insumisos, pues de dichas sentencias condenatorias en 24 de ellas se apreció una circunstancia atenuante calificada, o bien una eximente incompleta o un error de prohibición vencible, lo que permitió llegar a una pena de prisión no superior a un año, siendo posible, en consecuencia, suspenderla condicionalmente. En carta ad-

jointa, algunos jueces nos expresaron esta circunstancia. Además, en al menos 13 sentencias condenatorias, los Jueces hicieron petición de indulto parcial al Gobierno, en la expectativa de dejar la pena reducida a una duración susceptible también de suspensión condicional. Por último, en 7 sentencias condenatorias los Jueces formularon exposición razonada al Gobierno, manifestando el criterio contrario a sancionar con pena de prisión la insumisión e incluso a sancionarla penalmente con cualquier otra sanción.

Por lo que respecta al manejo de expedientes atenuatorios, frente a 88 sentencias donde se acordó la responsabilidad plena del insumiso, en 35 se apreció la concurrencia de algún motivo de atenuación. Es decir: un 71,54% frente a un 28,46%.

Es en este capítulo donde se aprecia una mayor variabilidad en la hermenéutica judicial. Llama la atención el frecuente recurso a la atenuante analógica: En 31 casos se aplicó. En 17 de ellos se la re-

lacionó con la atenuante de actuar por causas o estímulos poderosos que produzcan arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad, en 7 con el estado de necesidad incompleto, en 2 con el ejercicio legítimo de un derecho incompleto, en 1 con el trastorno mental transitorio (por drogadicción), en 1 con el miedo insuperable incompleto y en 3 se aplicó sin especificar la relación.

Las argumentaciones manejadas por los Jueces se encuentran en función, lógicamente, de la circunstancia expresa de atenuación con la que se haya relacionada la analógica.

Así, en los casos más frecuentes de su relación con la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, es de destacar que, para algunos órganos jurisdiccionales, en dicha relación pervive la llamada teoría de los "móviles", en particular, el móvil altruista o moral, expresamente vigente en el art. 9,7º CPA, hasta la reforma de 1983 (SJP nº 1 León 163/92, de 9 de abril; SJP nº 2 Valladolid, 423/93-B, de 3 de diciembre; SJP nº 16 Madrid 644/1993, de 5 de diciembre; SJP nº 2 Plasencia, 21/94, de 1 de febrero; SJP nº 7 Palma de Mallorca, 243/94, de 26 de julio).

La conjunción de la analógica con el estado de necesidad incompleto también se aprecia en diferentes sentencias. En ellas, algunos Jueces acostumbra a hablar de "un estado de necesidad de conciencia" o de "un conflicto psicológico de deberes" (SJP nº 1 Oviedo, 82/93, de 22 de febrero), donde -se subraya también- concurrirían los tres requisitos de la eximente, pero la situación base

de "la necesidad" no se da en términos absolutos, sino tan sólo relativos (SJP nº 2 Vitoria, 353/93, de 21 de julio).

Más minoritariamente aparece la relación de la analógica con el ejercicio de un derecho como eximente incompleta. La pertenencia del acusado a asociaciones ecologistas y culturales, unido a haber solicitado sin éxito previamente el reconocimiento de la condición de objetor, llevó a la SJP nº 1 Zaragoza, 88/94, de 25 de febrero, a apreciar la análoga significación en el derecho ejercitado de forma no plenamente legítima por aquél.

Episódicas han sido, por último, las sentencias donde la atenuante de análoga significación se ha ligado a la toxicofrenia (circunstancia, por lo demás, que no presenta ninguna especialidad en el ámbito de la insumisión con respecto al tratamiento general de la misma por parte de la jurisprudencia del TS) o al miedo insuperable. Seguramente esta última relación es la que obliga a un escorzo argumentativo mayor. Pero la misma se ha apreciado en la SJP nº 2 Valladolid, 10/93-B, de 18 de marzo, donde se hacía una llamada al miedo a comprometer las ideas pacifistas con su enrolamiento en el servicio militar.

Seguramente no hará falta advertir que estas argumentaciones manejadas por algunos jueces en pro de la atenuación han sido paladinamente rechazadas por otros. Así, por ejemplo, en la SJP nº 1 Córdoba, 480/93, de 28 de octubre, se habla de anarquía si se otorgase prevalencia a "la conciencia individual sobre la norma jurídica imperante"; o en la SJP nº 1 Santander, 350/94, de 13 de julio, se alude a "la autonegación del ordenamiento jurídico" en caso

de dar preferencia a la convicción personal.

Esta casuística tan diferenciada en las sentencias condenatorias prueba que la aplicación judicial de las normas por insumisión dista mucho -máxime tratándose de casos básicamente idénticos- del criterio de la uniformidad. Puede afirmarse, eso sí, que, por vía de recurso de apelación, las Audiencias tienden a corregir esta variabilidad. En 21 de las 35 sentencias de Audiencias enviadas también por los Jueces de lo Penal en relación a sus propias resoluciones se ha rectificado la sentencia de instancia, estableciéndose en 19 ocasiones la responsabilidad plena del insumiso. Esto supone, aun con la modestia de la muestra desde el punto de vista numérico, un 54,28% de índice corrector o, si se prefiere, uniformador.

#### b) Sentencias absolutorias: variables.

Las sentencias absolutorias en la muestra han sido 20. Representan sólo un 13,98%. Aparentemente resulta poco. Pero debe tenerse en cuenta que en los procesos por insumisión las posibilidades de defensa son más bien escasas. A la prueba documental, ya de por sí elocuente, concurre una expresa actitud del imputado a través de la cual enfatiza su postura ideológica. Ante estas circunstancias, los jueces no siempre tienen fácil sustraerse al rigor legal.

En 12 ocasiones los Jueces se han valido de razones jurídico-materiales para absolver, frente a 8 casos donde el acento se ha puesto en las de carácter jurídico-formal.

Entre los expedientes materiales destaca la aplicación del esta-

do de necesidad como causa de justificación, lo que ocurrió en 7 sentencias. En 3 casos se acudió también al estado de necesidad pero en su dimensión putativa, por error invencible o por error vencible reputando en este último supuesto dicho error como un error de tipo de acuerdo a la teoría de los elementos negativos del tipo. En un caso se apreció el ejercicio legítimo de un derecho y en otro conjuntamente esta causa de justificación con la del estado de necesidad.

El estado de necesidad es, pues, el eje sobre el que giran las sentencias que muestran una mayor sintonía con la situación social de los insumisos. Muy conocida a través de la prensa fue la sentencia pionera del JP nº 4 Madrid, 75/92, de 3 de febrero, en la que se apreció la citada eximente como completa. La dignidad individual (relacionada con el libre desarrollo de la personalidad y la libertad ideológica) -se lee en dicha sentencia- está en riesgo de inminente lesión si no se infringe un deber, por lo demás vago, pues el mismo sólo puede cohonestarse con la defensa nacional de manera muy incidental. Diversas sentencias del JP Manresa han aplicado asimismo el estado de necesidad como eximente completa, por no haberle duda al Juez que el mal causado es insignificante frente al de la traición a la conciencia, encontrándose el insumiso en una verdadera situación de necesidad.

En ocasiones, se ha preferido llegar a la absolución mediante la vía putativa. Se ha montado entonces la argumentación en torno al error invencible que puede padecer el insumiso ante la misma diversidad de fallos judiciales contradictorios, todo lo cual le puede llevar a la creencia errónea de hallarse ante una verdadera colisión

de deberes (SJP nº 2 Barcelona, 109/94, de 1 de marzo). Excepcionalmente, la absolución se ha articulado en la tecnocrática construcción de las causas de justificación como elementos negativos del tipo, de donde un error sobre las mismas sería un error de tipo, el cual, aun siendo vencible, debe conducir, por falta de previsión legal del tipo imprudente de insumisión, a la exención completa de responsabilidad penal (SJP nº 2 Córdoba, 29/1993, de 22 de enero).

Entre los argumentos formales para la absolución, en 3 sentencias se absolvió por error en los requisitos de la citación, en otros 3 por no haberse probado ex ante la utilidad del servicio, en un caso por haberse sobreseído previamente las actuaciones y en un último por falta de contenido social de la prestación civil sustitutoria.

#### c) Penas impuestas.

Las sentencias condenatorias de la muestra han sido -como ya hemos dicho- 123. De ellas, en 118 recayó una pena privativa de libertad como pena principal, y en tan sólo 5 una pena de multa.

La duración de la pena de prisión que con más frecuencia se ha establecido en la sentencia es la de un año; lo que ha ocurrido en 47 ocasiones. Le siguen, por este orden, la de dos años, cuatro meses y un día, en 35 casos; la de cuatro meses y un día, en 12; el resto de penas privativas de libertad con duración inferior a un año totaliza 24 supuestos.

Salvo en los 35 casos de penas de prisión a dos años, cuatro meses y un día, donde, en principio, por su duración, no cabe la suspensión condicional, en todos los demás supuestos sí es perfectamente factible la aplicación del

citado beneficio. En algunas ocasiones se ha negociado incluso dentro de la institución de la conformidad. La petición de indulto particular ha esos 35 casos donde la pena ha escapado de las posibilidades de suspensión condicional, instando el Juez al Gobierno a una rebaja hasta dejar la pena en un año de duración, medida en la que cabe ya la aplicación del citado instituto.

#### d) Control carcelario real.

Fruto de la diversidad de opciones de la que hacen gala los jueces para evitar la ejecución de una pena de prisión, unido a una valoración mayoritaria del colectivo según la cual la insumisión no debe ser delito, el número de insumisos en los establecimientos penitenciarios no es muy alto. Los condenados por insumisión en 1994 fueron -como ya sabemos- 797. A finales de 1994, la Estadística Penitenciaria reflejaba que el número de insumisos en prisión era sólo de 128. Desviaciones aparte por la existencia de acumulación del año anterior o porque algunas sentencias no hubieran sido aún ejecutadas, podemos calcular que un 16% de los insumisos condenados cumplen pena privativa de libertad. Por lo que cabe confirmar que instituciones tales como la conformidad, la suspensión condicional de la pena y acaso el indulto particular, "seleccionan" el control carcelario en materia de insumisión. Además, como es conocido, los insumisos pueden ser clasificados directamente en el tercer grado penitenciario o régimen abierto. Salvo que quebranten dicho régimen (lo que hacen un 15%, según datos de septiembre de 1996), pueden salir durante el día del establecimiento penitenciario, con lo que el poder "dulcifica" el peso de la pena por unos delitos de discutible legitimación.