

DELITOS MILITARES CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA. EN ESPECIAL EL ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA.

José Ignacio Gómez Hidalgo
*Comandante Auditor
Juez Togado Militar de Ceuta*

SUMARIO

I. Introducción. II. Evolución legislativa. III. Regulación actual. IV. Acción. V. Sujeto activo. VI. Elementos objetivos. VI.A) La ausencia. VI.B) Injustificación de la ausencia. VI.C) Los plazos. VII. Culpabilidad. VIII. Concurso de delitos. IX. Especialidades procedimentales.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos militares contra el deber de presencia, y dentro de ellos en concreto el delito de abandono de destino o residencia, destacan del resto de los tipos penales militares por su mayor frecuencia de comisión, se trata de las infracciones penales más cometidas, con unos índices que superan el 50% del total (1), lo que ya de por sí justifica la realización de un estu-

(1) Dentro de que es muy escasa la producción criminológica referida a las Fuerzas Armadas, podemos citar los datos contenidos en la obra *«El delito de desertión militar»*, de Antonio Millán Garrido, Editorial Bosch, 1983, págs. 155 y ss., donde se alude a que en nuestras Fuerzas Armadas es la desertión el delito más frecuentemente cometido, suponiendo en las fechas que en el mismo se citan un promedio de un 44'82% de los delitos militares apreciados.

dio de los mismos; a esta justificación se añade la variedad de cuestiones que la práctica diaria presenta, a lo que recientemente hay que adicionar la circunstancia de la profesionalización de los Ejércitos, con los consiguientes cambios que ello ha conllevado en el ámbito de este delito, cuya configuración legal ha sido recientemente modificada.

II. EVOLUCION LEGISLATIVA

Prescindiendo de los precedentes patrios más remotos, aludimos al Código de Justicia Militar de 1.945, precedente inmediato del vigente Código Penal Militar (en adelante CPM), que se caracteriza en esta materia por mantener el sistema dualista instaurado por el Código Penal de la Marina de 1.888. Esta norma supuso la iniciación en nuestro Derecho del dualismo abandono de destino o residencia-deserción, distinción que en el vigente Código Penal Militar existe, si bien con un significado absolutamente distinto al que entonces se introdujo, pues en esta su significación original implicaba que el delito de deserción lo cometía «*el individuo de las clases de marinería o tropa y el asimilado a las mismas clases*», mientras que el Oficial incurría, en su caso, en el delito de abandono de destino o residencia, que constituía un supuesto más de abandono de servicio. Pues bien, el Código de Justicia Militar de 1.945 mantenía este sistema dualista, de modo que dentro del Título XII del Tratado segundo encontramos el Capítulo III, artículos 365 a 369, que, bajo la rúbrica de «*Abandono de destino o residencia*», se refiere a las conductas del «*Oficial o Suboficial*», y seguidamente el Capítulo IV de dicho Título, bajo la rúbrica

En contestación a diversas preguntas formuladas el año 1.997 por el Diputado Carles Campuzano i Canadés, el Gobierno respondió ofreciendo los siguientes datos: un total de 817 soldados desertaron del Ejército de Tierra y la Fuerza Aérea entre 1.992 y 1.996; el año que se produjeron más deserciones fue 1.992 (250) y el de menos 1.995 (96); el año 1.997 se produjeron 104 casos de deserción. La respuesta parlamentaria no incluye datos de la Armada. La mayor parte de los procedimientos abiertos por la Jurisdicción Militar entre los años 1988 y 1993, informa el Gobierno, tuvieron que ver con delitos de deserción (3.337) o de abandono de destino (1.071). Los Tribunales Militares abrieron en el mismo periodo 1.028 procedimientos por insulto a superior; 842 por presuntos delitos contra la hacienda militar; 397 por desobediencia y 306 por acciones contrarias a la eficacia del servicio.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, número 164, de 3 de julio de 1.997, página 151.

Asimismo la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2.000 dice en su página 244 que «*las infracciones penales militares más frecuentes se contraen a tres tipos de figuras delictivas*», citando en primer lugar de las mismas los delitos contra el deber de presencia.

ahora de «Deserción», regula en los artículos 370 a 382 las conductas cometidas por las clases de tropa o marinería.

Con independencia de las figuras delictivas tipificadas en dichos preceptos hemos de señalar que este Código, como se desprende de su propia denominación, no se trataba específicamente de un Código Penal Militar, sino de un Código de Justicia Militar, lo que implicaba que en el mismo se regulasen, no única y exclusivamente los delitos y faltas penales militares, sino todos los aspectos relacionados con la Justicia Militar, y así el Tratado primero regulaba la «Organización y atribuciones de los Tribunales Militares», el segundo llevaba la rúbrica de «Leyes penales», y el tercero se refería a los «Procedimientos Militares». Por su parte el Tratado segundo, «Leyes penales», no contenía exclusivamente la regulación de los delitos militares, sino también la de las faltas disciplinarias militares, y así el Título XV y último de este Tratado segundo llevaba la rúbrica de «Faltas y correcciones», distinguiendo entre faltas graves y faltas leves, y, por lo que ahora interesa, contemplaba ciertas formas de deserción, con el carácter de faltas graves en sus artículos 431 y 439-6º, y en el artículo 443, con entidad más liviana, como falta leve.

No obstante, este sistema ha sido superado en la actualidad, tanto en el sentido de eliminar la concepción dualista en atención al carácter de Oficial o Suboficial ó clases de tropa y marinería de los sujetos activos de la infracción, —de modo que ahora se sigue distinguiendo en el nuevo CPM entre abandono de destino o residencia y deserción, pero no ya en base a esos elementos subjetivos, sino en consideración a otros parámetros que examinaremos seguidamente—, como en el sentido de que, instaurado el nuevo sistema democrático, con la vigencia de la Constitución de 1.978 se hacía imprescindible una profunda reforma de los postulados de la Jurisdicción Militar para adecuarla al ámbito estrictamente castrense que establece el artículo 117 de la misma, y fruto de ello es la nueva regulación, ahora no ya unitaria en un exclusivo Código, sino con un tecnicismo más depurado, en cuatro normas distintas, que citamos por orden cronológico:

- La Ley Orgánica 12/1985, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que incluía en su ámbito subjetivo asimismo a la Guardia Civil. No obstante, poco después se dictaría respecto de este Cuerpo la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, a tenor de las consideraciones de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1.989, que, en base a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, señalaba que «la aplicación a la Guardia Civil del Régimen propio de las Fuerzas

Armadas debe considerarse meramente provisional...esa situación, que es admisible con carácter transitorio, no puede sostenerse de modo permanente, pues «la normativa aplicable a la Guardia Civil será la propia de las Fuerzas Armadas mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas»».

Por su parte, un nuevo régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas ha visto la luz al promulgarse la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que deroga la hasta entonces vigente Ley Orgánica 12/1985.

- La Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar.

- La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y

- La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Centrándonos en el nuevo CPM, regulaba los delitos de que venimos tratando bajo la rúbrica de *«Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar»* en el Capítulo III del Título VI del Libro II, artículos 119 a 129, si bien a estos delitos se dedicaban en concreto los artículos 119 a 124, integrantes de las tres primeras Secciones del Capítulo, y en él se continuaba la distinción ya tradicional entre delitos de abandono de destino o residencia ó deserción en función de que su sujeto activo fuera *«Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado»* ó *«militar no comprendido en el artículo anterior»*.

No obstante, poco habría de durar esta concepción dualista que distinguía en base al sujeto activo de la infracción, con consecuencias ahora ya en el nuevo CPM más desfavorables, como era de desear, para el militar profesional que para el de reemplazo (2), pues por Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, se daba nueva redacción a los artículos 119 y 120, reguladores, respectivamente, del abandono de destino o residencia y de la deserción, y se introducía un nuevo precepto, el artículo 119 bis, relativo al abandono de destino o residencia del militar de reemplazo, quedando abandonado a partir de entonces el repetido sistema dualista, de modo que se instaura un sistema de responsabilidad que incrimina ya con independencia que su autor ostente uno u otro empleo militar, con la diferencia que entonces se introduce para el militar de reemplazo al incorporarse el nuevo artículo 119 bis, si bien ahora, curiosamente,

(2) Así, la pena para el General, Oficial y Suboficial era de tres meses y un día a tres años de prisión en tiempo de paz y de tres a diez años en tiempo de guerra, mientras que para el militar de reemplazo se establecía una pena de tres meses y un día a dos años de prisión en tiempo de paz, y de dos a ocho años para tiempo de guerra.

se restablece la equiparación punitiva entre militar profesional y militar de reemplazo (3).

Esta nueva regulación supone el paso de un sistema legislativo formalista u objetivo, que tipifica las infracciones en base a elementos objetivos, básicamente postulados temporales y espaciales, a un sistema espiritualista o subjetivo, en el que se pasan a considerar, no ya esos factores objetivos temporales o espaciales, sino fundamentalmente la intención subjetiva del autor, concretada en la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, o sea, de forma amplia, la intención de desertar (4).

A partir de dicha reforma, pues, se tipifica el delito de desertión en base a postulados subjetivistas, en consideración únicamente a la intención del sujeto activo de desertar, el «*animus deserendi*», sin distinción ahora ya entre el empleo militar de sus posibles sujetos activos, adoptándose, pues, el sistema subjetivo; en concreto regula el nuevo artículo 120 la desertión como la conducta del militar que se ausenta «*con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares*», y ello con independencia del tiempo que hubiere durado la ausencia.

Para el caso de que el sujeto activo se ausente sin esa intención de «*sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares*» se introduce un nuevo delito, el «*abandono de destino o residencia*», referido ahora ya, no como hasta entonces a los Oficiales o Suboficiales, pues esta consideración dualista hemos visto que desaparece con la reforma, sino a la ausencia del militar de su Unidad contemplada en base a criterios objetivos, de modo que se tipifica la conducta en consideración al dato objetivo de cumplir un determinado período fuera de control militar, distinguiéndose en su regulación entre el militar profesional y el militar de reemplazo, y así se castiga como abandono de destino o residencia la ausencia injustificada por más de tres días, en el supuesto de militar profesional (artículo 119), o por más de quince días, en el supuesto de militar de reemplazo (artículo 119 bis, que es introducido por la reforma).

(3) Así, la pena de tres meses y un día a tres años de prisión en tiempo de paz y tres a diez años de prisión para tiempo de guerra establecida antes para el militar profesional: «*Oficial general, Oficial y Suboficial o asimilados*», se establece en esa misma duración para los militares de reemplazo.

(4) Un detallado estudio sobre estos aspectos se encuentra en ANTONIO MILLAN GARRIDO, «*El delito de desertión militar*», cit., p. 25-50

III. REGULACION ACTUAL

Pero no es esta la última regulación en esta materia. Habiendo desaparecido del sistema de recluta la conscripción forzosa con la eliminación del Servicio Militar obligatorio (5), carecía de sentido la continuidad de un tipo delictivo en el que se incriminaba al ya inexistente militar de reemplazo, aparte de que se hacía necesario revisar los procedimientos en tramitación para evitar el castigo a los autores de unos hechos que desde entonces dejaban de estar incriminados *de facto* desde el momento en que era imposible su comisión al no existir tales militares de reemplazo. En este sentido se ha promulgado la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, que modifica la regulación de los delitos que venimos estudiando, y así:

- Da una nueva redacción a la rúbrica del Capítulo III ya aludida, que ahora pasa a ser «*delitos contra el deber de presencia*».

- Deroga el artículo 119 bis ya visto, relativo a los militares de reemplazo.

- Da una nueva redacción al artículo 120, modificando la referencia al sujeto activo del delito de desertión, que si hasta ahora lo era «*el militar*», ahora pasa a serlo «*el militar profesional o el reservista incorporado*».

- En la disposición transitoria única se establece la revisión de las sentencias condenatorias firmes y no ejecutadas totalmente dictadas como consecuencia de los hechos que han dejado de ser delito, la cancelación de oficio de los antecedentes penales derivados de dichos delitos y el sobreseimiento o archivo de oficio de los procedimientos penales incoados por tales hechos en los que no haya recaído sentencia firme.

De modo que, atendiendo a la normativa vigente, en la actualidad hemos de distinguir, dentro del Capítulo III del Título VI, Libro II:

- Abandono de destino o residencia.- Con esta rúbrica la Sección 1.º comprende el artículo 119, que castiga al «*militar profesional que injusti-*

(5) La disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, determinaba que a partir del 31 de diciembre del año 2002 quedaba suspendida la prestación del servicio militar, regulada en la citada Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, estableciendo la disposición transitoria decimotercera de la mencionada Ley 17/1999 en sus tres primeros apartados distintas fechas determinantes del período transitorio del servicio, y autorizando en su apartado 4 al Gobierno para modificar tales fechas y acortar así el período transitorio, en función del proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas, autorización de que hizo uso el Gobierno, «*dado el nivel alcanzado en el proceso de profesionalización y las previsiones que sobre el mismo existen*», que procedió a la suspensión del servicio militar obligatorio adelantando la fecha antes aludida un año, es decir, a 31 de diciembre de 2001, mediante el Real Decreto 247/2001, 9 de marzo.

ficadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días, o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación».

- Deserción.- Esta es la rúbrica de la Sección 2.^a, integrada por un único precepto, el artículo 120, en cuya virtud *«comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia».* Mientras que el tipo del abandono de destino o residencia permanece igual en esta última reforma (con la salvedad de que desaparece el tipo relativo al militar de reemplazo que se contenía en el artículo 119 bis según ya ha quedado expresado), en el tipo penal de la deserción se añade una nueva consideración en su ámbito subjetivo, de modo que ahora el delito lo puede cometer no sólo el militar profesional sino también el *«reservista incorporado».* (6)

- Quebrantamientos especiales del deber de presencia.- Se regulan en la Sección 3.^a, que comprende los artículos 121 a 124, si bien este último fue ya dejado sin contenido por la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar. Regulan como tales quebrantamientos especiales:

- El artículo 121, la ausencia injustificada frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia.

- El artículo 122, la ausencia injustificada en circunstancias críticas, cualquiera que fuere la duración de la ausencia.

- El artículo 123, finalmente, castiga el quedarse en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave por parte del militar no comprendido en los artículos anteriores que forme parte de la dotación o tripulación.

- Disposición común.- Contenida en la Sección 5.^a, artículo 129, que castiga expresamente al *«que de palabra, por escrito, impreso u otro medio de posible eficacia, incitare a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en la secciones 1.^a y 2.^a de este capítulo, hiciere apología de los mismos o de sus autores, los auxiliare o encubriere».*

Únicamente añadir aquí que, al contrario de los delitos que pueden ser objeto de dichas conductas participativas, —los citados delitos de abandono de destino o residencia y deserción, que, por tratarse de delitos especiales o propios, no pueden ser cometidos sino por militares—, tales con-

(6) La regulación de la situación de reservista se contiene en el Título XIII, arts. 163 y ss. de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, comprendiendo a los españoles que *«pueden ser llamados a incorporarse a las Fuerzas Armadas para satisfacer las necesidades de la defensa nacional».*

ductas participativas aludidas se configuran como un tipo autónomo, lo que implicaría la sujeción, en su caso, a la Jurisdicción militar de esos partícipes en un delito de ausencia o deserción, aún cuando no ostenten la condición de militares.

Nos centramos a continuación en el estudio del tipo delictivo de abandono de destino o residencia del artículo 119.

IV. ACCIÓN

Ha de destacarse aquí que el delito de abandono de destino o residencia se configura como un delito de omisión, pues si bien el núcleo de la conducta está constituido por la ausencia, la esencia de los mismos reside en la omisión del deber de presencia exigible, la no presencia en la unidad, destino o lugar de residencia del sujeto obligado a ello.

En su regulación hemos de distinguir un tipo propio, relativo al militar que «*injustificadamente se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia*», y un tipo impropio, relativo al militar «*que no se presentare, pudiendo hacerlo*». Pues bien, en el tipo impropio su carácter omisivo viene dado tanto por el contenido mismo de la conducta, consistente en la infracción de una ley preceptiva, como por la técnica utilizada, al castigarse al militar «*que no se presentare, pudiendo hacerlo*». Respecto del tipo propio, al referirse al militar que «*injustificadamente se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia*», podría plantearse una mayor duda, en tanto supone sustancialmente un abandono, una conducta activa, entendiéndose sin embargo que también se trata de un delito de omisión, dado que lo esencial no es el apartamiento del servicio, sino la ausencia que supone la no reincorporación en el término legal establecido.

Si, en definitiva, el elemento que define el delito como omisivo es esta falta de presentación, esa ausencia que supone la no reincorporación en el plazo establecido, en referencia a las dos formas examinadas, los dos tipos aludidos, propio e impropio, ambas formas lo que en definitiva definen no es sino el origen adecuado o inadecuado, correcto o incorrecto, ajustado o no a la norma, de la ausencia inicial.

Así, en el tipo propio, ya la propia ausencia inicial es antirreglamentaria, por cuanto supone el abandono del destino, unidad o lugar de residencia por el militar que está obligado a permanecer en dichos lugares, que, incumpliendo dicha obligación, se ausenta de los mismos, de modo que ya «*ab initio*» se coloca en una posición antijurídica, si bien no tendrá repercusión penal hasta tanto no se cumplan los plazos a que seguidamente

haremos alusión; en cambio en el tipo impropio, el militar, que se ha ausentado de su unidad, destino o lugar de residencia, «*ab initio*» no se encuentra en una posición antirreglamentaria, sino en una posición correcta, ajustada a derecho, en cuanto que esa ausencia inicial se ha llevado a cabo con arreglo a las diversas exigencias establecidas para que se produzca, con arreglo a la normativa que posibilita dicha ausencia, si bien cuando excede los límites de esa posibilidad legal de encontrarse ausente de tales lugares, cuando excede de los límites de la autorización de permanecer fuera de tales lugares y por tanto no se reincorpora es cuando comienza su posición antijurídica con respecto a su deber de presencia.

El Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia de la Sala 5ª de 15 de noviembre de 1.999 que «*La figura penal definida en el art. 119 CPM es un tipo alternativo, en el que la conducta puede ser activa y consistir en ausentarse de la unidad, destino o lugar de residencia por más de 3 días, o bien omisiva, consistente en no presentarse o incorporarse transcurrido dicho plazo a los puntos expresados, incumpliendo en ambos casos el sujeto activo el deber de presencia física y sustrayéndose, además, a la disponibilidad para el servicio en caso de abandono de unidad y destino.*».

V. SUJETO ACTIVO

Sujeto activo del delito que estudiamos lo es el militar profesional.

Encontramos una primera referencia a tal concepto en la Constitución, cuyo artículo 70,1, e) declara que las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores comprenderán, en todo caso, a los militares profesionales, sin incidir más en el concepto; asimismo efectúan referencias al militar profesional los artículos 205 y 206 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

En realidad entendemos que el calificativo «*profesional*» del concepto «*militar*» que emplea el artículo 119 no lo es, y menos en el momento actual en que se ha procedido a la plena profesionalización del Ejército, para describir una categoría específica de militares, sino que se utilizó por el legislador al introducir en la reforma de 1991 el nuevo artículo 119 bis relativo a la ausencia de destino de los militares de reemplazo, en contraposición a este último concepto, de suerte que hoy día, desaparecida la categoría de militar de reemplazo, pierde sentido tal cualificación de «*profesional*», y la referencia hay que entenderla hecha al militar en general, no en una interpretación extensiva de los posibles sujetos activos de la infracción, sino en el sentido de que en la actualidad no cabe sino la existencia

de militares profesionales, con la excepción, en su caso, de los reservistas obligatorios que examinamos a continuación.

Una duda plantearía en este sentido la modificación operada por la reforma de 22 de mayo de 2.002 al introducir una innovación en el artículo 120, relativo a la desertión, en el sentido de ampliar el círculo de sus posibles sujetos activos al incluir como tales, junto al «*militar profesional*», cualificación ésta introducida en la reforma, al «*reservista incorporado*».

Tal y como han quedado redactados los artículos 119 y 120 parece que el reservista incorporado podría cometer el delito de desertión, mas no el de abandono de destino o de residencia, al no haberse contemplado expresamente tal posibilidad en el artículo 119 en contraposición a la modificación llevada a cabo en el artículo 120.

Desconocemos los motivos de la nueva regulación con tales postulados, que, por otro lado, resulta aún más compleja si analizamos la referencia que al concepto de militares en general efectúa el CPM, pues, en efecto, el artículo 8 del Código, encuadrado en el Título I, «*Principios y definiciones*» del Libro I, «*Disposiciones generales*», establece que «*a los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:*

1º Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.

2º ...

3º Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.

4º Presten servicio activo en las escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.

5º Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».

Suprimidos de la redacción el apartado 2º relativo a los militares de reemplazo, categoría hoy inexistente, hemos de referirnos expresamente al apartado 5º, que considera, pues, militar, a los efectos del Código, a los que «*con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno*», con lo que en principio se incluiría como posible sujeto activo, no sólo ya del delito de desertión, sino de la generalidad de los delitos tipificados en el CPM, al personal movilizado o militarizado que con cualquiera asimilación militar preste

servicio, incluyendo en tal concepto a los reservistas, lo que dificultaría, pues, la comprensión del verdadero alcance de las modificaciones introducidas por lo que hacen al sujeto activo del delito que analizamos, si bien, a tenor del contenido del artículo 8 y del contexto legal, entendemos que resultaría incongruente que el personal reservista una vez incorporado pueda cometer el delito de desertión, mas no el de abandono de destino o residencia, máxime a la vista de su régimen de personal, regulado en los artículos 175 y 183 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, relativos a los reservistas temporales y voluntarios y a los reservistas obligatorios, respectivamente, y respecto de los cuales establece la sujeción *«al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares»* cuando sean activados y se incorporen al Ejército.

Por otra parte, y de acuerdo con el enunciado inicial del artículo 8 CPM, que remite a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la condición de militar, señalar escuetamente que hemos de considerar tanto el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento general de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, como, con carácter más genérico, la citada Ley 17/1999, cuyo artículo 1.1 señala que *«la presente Ley tiene por objeto regular el régimen del personal militar profesional»*, y cuyo artículo 2, bajo la rúbrica de *«militares profesionales»* establece que *«son militares profesionales los españoles vinculados a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales que adquieren la condición de militar de carrera, de militar de complemento o de militar profesional de tropa y marinería. También tendrán consideración de militares profesionales los extranjeros vinculados a las Fuerzas Armadas con la condición de militar profesional de tropa y marinería con carácter temporal, en los términos establecidos en la presente Ley»* (7).

(7) Una reciente modificación se ha producido en este ámbito subjetivo, en virtud de la Ley 32/2002, de 5 de julio, *«de modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería»*, cuyo Reglamento de desarrollo ha sido aprobado por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, habiéndose efectuado la primera convocatoria de proceso selectivo para el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería por Resolución 452/38231/2002, de 16 de diciembre (Boletín Oficial de Defensa nº 250, de 24 de diciembre de 2.002).

La Ley se dicta, según su Exposición de Motivos, *«a fin de levantar la prohibición de que nacionales de otros países puedan formar parte de nuestras Fuerzas Armadas»*, habiéndose añadido, entre otros, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 17/1999, en cuya virtud, según acabamos de ver, se consideran militares los extranjeros que accedan a la categoría de militar profesional de tropa y marinería de carácter temporal.

Seguidamente los artículos 87, 89 y 92 regulan más detalladamente la adquisición de la condición de militar, diferenciando según se trate de militar de carrera, de empleo o de tropa profesional y marinería, refiriéndose en general como momento de adquisición de tal condición el de obtención del correspondiente empleo e incorporación al Cuerpo y Escala correspondiente, en el primer supuesto, o firma de los compromisos, en los dos restantes, siempre tras la superación del oportuno plan de formación, si bien, a los efectos que aquí interesan, establece el artículo 79 de la Ley, concordante en este aspecto con el artículo 8 del Código, que, una vez presentados los alumnos en los centros docentes de formación, se incorporarán a las Fuerzas Armadas *«y serán nombrados alumnos. A partir de dicho momento tendrán la condición de militar y estarán sometidos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares...»*

Por lo demás, regula la citada Ley las diversas situaciones militares, especificando la no sujeción al régimen general de derechos y obligaciones del militar y a las leyes penales y militares disciplinarias del personal militar en situación de servicios especiales (artículo 140.4), excedencia voluntaria en determinados supuestos (artículo 141.10), y retiro, en cuanto que en virtud del retiro cesa la relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas (artículo 145).

Respecto del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, hemos de señalar que su régimen personal se regula por la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, cuyo artículo 1 ya se refiere a la naturaleza militar del Cuerpo, estableciendo el artículo 2 que *«Son guardias civiles los españoles vinculados al Cuerpo de la Guardia Civil con una relación de servicios profesionales de carácter permanente y, dada la naturaleza militar del Instituto en el que se integran, son militares de carrera de la Guardia Civil»*.

Por su parte, el artículo 12, relativo a la adquisición de la condición de guardia civil, establece que *«la condición de guardia civil y, en consecuencia, la de militar de carrera de la Guardia Civil se adquiere al obtener el primer empleo, conferido por Su Majestad el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa, e incorporarse a la Escala correspondiente del Cuerpo»*.

Coincide en líneas generales la regulación con la correspondiente a las Fuerzas Armadas, cuyo reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas, aprobado por Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, ya citado, se encuentra vigente para los integrantes del Benemérito Instituto hasta tanto se desarrolle la Ley en este concreto aspecto.

VI. ELEMENTOS OBJETIVOS

Los elementos objetivos que integran este tipo penal son la ausencia de la unidad, destino o lugar de residencia, que ha de ser injustificada, y el transcurso de los plazos establecidos, que no constituyen sino limitaciones espaciales y temporales que vienen exigidas por la necesidad de operatividad de las Fuerzas Armadas, que imponen tales limitaciones a sus integrantes.

VI.A. LA AUSENCIA

Las limitaciones espaciales del militar, referidas a la no presencia en la *«unidad, destino o lugar de residencia»*, se justifican por cuanto la prestación del servicio en filas del militar viene tutelado en estos delitos en relación a un encuadramiento específico o a un determinado lugar donde el sujeto debe residir, y no a una genérica integración en las Fuerzas Armadas.

Tutela la ley, pues, la presencia del militar en su *«unidad, destino o lugar de residencia»*.

Normalmente la unidad y el destino coincidirán, son conceptos prácticamente coincidentes, aunque pueden apuntarse supuestos en que no ocurre así y por tanto se incurre en responsabilidad en uno de los tipos y no en el otro: así, en el supuesto del militar destinado en una Unidad que es comisionado para llevar a cabo una determinada actuación, por ejemplo un curso, en una plaza militar distinta a la en que su Unidad tiene su sede y deja de concurrir al mismo dentro de los plazos establecidos, aún sin ausentarse de la plaza militar en que se ubique la instalación donde habría de realizar el curso, en cuyo caso incurrirá en un supuesto de abandono de destino, y no de abandono de unidad.

El lugar de residencia, en cambio, es un concepto más amplio, pues comprenderá tanto el lugar en que se encuentre ubicada su unidad o destino como aquel otro lugar en que el militar se encuentre en una posición acorde con las exigencias legales de desplazamiento; así se puede pensar en el militar que durante el permiso concedido se le autoriza a permanecer en un determinado lugar, de modo que la ausencia del mismo constituirá este abandono del lugar de residencia.

Y es que el concepto de lugar de residencia no es excluyente respecto de los analizados de unidad o destino, sino complementario. Y ello en virtud de la exigencia, —que es superior en los integrantes de las Fuerzas Armadas respecto de los integrantes de otros colectivos, a los cuales no se

les impone este deber de residencia con tanta intensidad, y cuya vulneración no merece el reproche penal sino que, en su caso, constituirá tan sólo un ilícito disciplinario—, de un deber de presencia que pesa sobre el militar consistente no sólo en la obligación de acudir a la prestación del servicio, que desde luego existe, sino que va más allá, pues comprende la obligación de residencia en el lugar en que la Unidad tiene su asentamiento, o en otro lugar determinado previa autorización para ello.

Al respecto, el artículo 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, establece que *«El lugar habitual de residencia del militar será el de su destino. Por circunstancias atendibles podrá autorizársele a fijarlo en otro distinto, con la condición de que pueda cumplir adecuadamente todas sus obligaciones.*

Dentro del territorio nacional podrá separarse de la localidad de su destino con la limitación que imponga la posibilidad de incorporarse a su unidad en los plazos fijados por el jefe de ella.

Para salir al extranjero, además de observar las mismas prescripciones que el resto de los ciudadanos, deberá disponer de autorización de sus superiores.

En todos los casos tendrá la obligación de comunicar en su destino el lugar de su domicilio habitual o eventual, con objeto de que pueda ser localizado si las necesidades del servicio lo exigen»(8).

En definitiva, y en palabras del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sala 5ª de 24 de enero de 2.000 señala que *«La jurisprudencia hace hincapié en la doble vertiente que el deber de presencia tiene para el militar, en cuanto debe acudir, por un lado, a su unidad de destino para prestar el servicio que le corresponda y debe hallarse, por otro, en la localidad o lugar de su residencia oficial, con el fin de estar permanentemente disponible para el servicio»*; asimismo, la Sentencia de 22 de octubre de 2.001, citando la Sentencia de 7 de octubre de 1.997, señala que *«el art. 119 del*

(8) Respecto de las salidas al extranjero señalar que la Orden Ministerial 170/1996, de 15 de octubre, *«por la que se regulan las notificaciones de salida a otros países del personal militar profesional»*, derogó la Orden Ministerial 3/86, de 17 de enero, sobre autorizaciones para salida al extranjero y sustituyó las hasta entonces exigidas autorizaciones por simples notificaciones a la Superioridad *«a los efectos del artículo 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas»*, señalándose como motivación de ello la aparición de *«nuevos factores a tener en cuenta, como la adhesión de España a las Comunidades Europeas en enero de 1.986, la ratificación del Tratado de Maastrich, que consagra el principio de una política exterior y de seguridad común, la reciente aplicación del Tratado de Schengen que elimina los controles en las fronteras para los súbditos de los países signatarios, y la presencia permanente, cada vez mayor, de profesionales de las Fuerzas Armadas españolas en organismos con sede fuera del territorio nacional»*.

CP Militar no menciona tan sólo el abandono de destino, sino también el de residencia. El deber de presencia del militar tiene una doble vertiente, por una parte debe acudir a su Unidad o destino para prestar el servicio que le corresponda; por otra parte, debe hallarse en la localidad o lugar de su residencia oficial con el fin de estar permanentemente disponible para el servicio; disponibilidad que se quiebra cuando el militar se ausenta de su domicilio donde tiene su residencia, sin conocimiento y autorización de sus superiores...

...como reiteradamente ha venido manteniendo esta Sala (sentencia, entre otras, de 21 Jun. 1999), «el hecho de no poder prestar servicio, en ningún caso supone que no tenga que permanecer el interesado en el lugar de su residencia»».

La ausencia no admite graduaciones en función de sus características, integrándose el tipo por el hecho de la ausencia, con independencia de la mayor o menor distancia del lugar de residencia y con independencia de que el sujeto activo esté en paradero desconocido, o incluso localizable en algún punto con mayor o menor facilidad (9), pues el deber de presencia que mediante la punición de esta conducta se pretende tutelar no se cumple sino mediante la presencia física en el lugar correspondiente, única forma de que la disponibilidad del militar sea real y efectiva y no meramente posible o hipotética (10).

(9) Estos datos podrán ser relevantes, junto con las demás circunstancias concurrentes, en orden a la necesaria individualización de la pena a imponer, individualización de la que trata el artículo 35 del Código Penal Militar, que alude, además de a las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, a *«la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración»*.

(10) Sin que pueda dar lugar a error la exigencia de que se produzca efectivamente la «ausencia» en el sentido de un desplazamiento a un lugar distinto a aquél en que se está autorizado a permanecer, al no poder conceptuarse como tal aquella conducta que no implique una efectiva ausencia, pues constituiría un supuesto de interpretación extensiva prohibida por la ley penal, que dejaría al supuesto carente del necesario elemento de la tipicidad y vulneraría el derecho a la legalidad penal. Así, la STS, 5ª, 25 febrero 2002, cuando señala que *«la conducta típica que constituye el elemento básico de la acción en el delito apreciado, radica en «ausentarse» injustificadamente y por más de tres días del lugar de residencia que corresponda en cada caso al sujeto activo militar profesional, lo que equivale al comportamiento de apartarse, marchar, irse, alejarse o desplazarse a sitio distinto de aquel en el que la presencia resulta obligada», no constituyendo la «infracción penal del art. 119 CPM, la conducta probada consistente en haberse mantenido el acusado «en ignorado paradero y ajeno a todo requerimiento de sus Mandos»... cuando en puridad lo que el delito castiga es la ausencia del militar profesional de su Unidad, destino o residencia por más de tres días.*

...«con el delito que nos ocupa, en su modalidad de abandono de residencia, se atenta contra el deber de los militares de estar presentes en el lugar en el que les resulta obli-

VI.B. INJUSTIFICACIÓN DE LA AUSENCIA

No cualquier ausencia es relevante a los efectos de integrar la conducta que se incrimina en el precepto que analizamos, sino que ha de tratarse de una ausencia injustificada.

Este carácter injustificado de la ausencia constituye un elemento valorativo-normativo al que se refiere la dicción legal, en la forma activa del delito cuando emplea el propio término de ausencia *injustificada*, y en la forma omisiva cuando alude a que no se presentare *pudiendo hacerlo*.

El carácter injustificado no se configura como una causa de justificación, excluyente de la antijuridicidad, de modo que su tratamiento no se encuentra junto a éstas, sino como un elemento del tipo, que califica la ausencia que se produce, de modo que la ausencia inicial o la posterior falta de reincorporación podrá calificarse como injustificada cuando no se lleve a cabo, cuando no se produzca con arreglo a las diversas exigencias establecidas para que tenga lugar, con arreglo a la normativa que posibilita dicha ausencia.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de la Sala 5ª de 1 de junio de 2.001 cuando afirma que *«el adverbio «injustificadamente» que se emplea en el art. 119 del Código castrense, al describir este delito de abandono de destino o residencia no hace referencia a la no concurrencia de causas de justificación, sino que viene a expresar que*

gado, lo que constituye el presupuesto básico para el desempeño de otros deberes de prestación que asimismo les son exigibles. De ello se deriva que el bien jurídico que se protege es la permanente disponibilidad del sujeto activo respecto de sus Mandos militares, que queda quebrantado cuando se produce el abandono de la residencia obligatoria... Pero dicho interés que la norma tutela no se quebranta con cualquier comportamiento que produzca el mismo resultado de sustraerse el sujeto al control militar (injustificadamente y por más de tres días en todo caso), sino que por exigencia del tipo la conducta penalmente relevante queda constreñida a los actos de abandono en sentido estricto, consistente en ausentarse, marcharse, irse, desplazarse, huir, desaparecer, etc., es decir, dejar de estar presente físicamente en el lugar que resulta debido (o bien no presentarse en la modalidad omisiva de la falta de incorporación).

La afirmación que hace el Tribunal de instancia, en el sentido de que «resulta indiferente a efectos penales que el inculpado en situación de baja para el servicio, se halle oculto en su domicilio y reticente a toda comunicación exterior o permaneciera en otra localidad», no es conforme con la reiterada doctrina de la Sala, según se acaba de recordar. Ciertamente, repetimos, que el precepto sanciona el resultado de la indisponibilidad injustificada y por más de tres días, pero no la que tiene lugar en régimen de abierta modalidad comisiva, sino precisamente mediante la que el tipo prevé... Tiene razón el recurrente en que con la interpretación extensiva in malam partem que se mantiene en la sentencia impugnada, se conculca la función garantizadora que el tipo está llamado a cumplir en el Derecho penal afectándose en consecuencia el invocado derecho fundamental a la legalidad penal».

para que dicha ausencia revista caracteres de delito debe estar en desacuerdo con el marco normativo legal y reglamentario que regula el deber de presencia de los militares... doctrina coherente con la consignación del citado adverbio en la descripción del tipo, como un elemento más del mismo, sin que haya conexión, por ello, con las causas de justificación legalmente establecidas que, en sentido penal, han de ser consideradas como excluyentes de la antijuridicidad y que se desenvuelven en el ámbito de la misma»; Y en la aludida Sentencia de 15 de noviembre de 1.999, expresiva de que «Tanto la ausencia como la falta de incorporación no han de hallarse justificadas —«pudiendo hacerlo» cuando de la no presentación se trate—. Tal justificación no equivale a la concurrencia de alguna causa eximente de la responsabilidad penal que prive de antijuridicidad a la conducta del autor, quien podría hallarse, por ejemplo, en estado de necesidad, obrando en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, afectado por causa de fuerza mayor, etc., con los consiguientes efectos justificadores que habrían de producirse en todo caso sin necesidad que el legislador lo estableciera expresamente. Se trata, por el contrario, de una proposición que actúa como elemento negativo del tipo, pues el comportamiento no es que deje de ser contrario a derecho, sino que deja de ser típico, y cuya aplicación requiere de una previa valoración global del hecho».

En este punto hemos de adentrarnos en la referencia a cuestiones derivadas de la casuística planteada en relación con la justificación de la ausencia, y en concreto en referencia a la problemática que en relación con dicha justificación plantean las situaciones de baja facultativa.

Hasta fechas recientes no existía en el ámbito de las Fuerzas Armadas una normativa que regulara con carácter general las bajas médicas del personal militar; sí que existía una normativa al respecto en el ámbito de la Guardia Civil, la Orden General número 7/97 de 19 de marzo, sobre bajas médicas por motivos de salud (11), pero no en el ámbito de las Fuerzas Armadas con dicho carácter general (12), hasta la promulgación de la ya

(11) La incidencia a nivel práctico de problemática en relación con la situación de baja médica por miembros del Cuerpo de la Guardia Civil con repercusión penal es escasa, por lo que nos limitamos a la cita de la norma indicada, profundizando en el estudio de la problemática en relación con las Fuerzas Armadas.

(12) Salvo algunas referencias aisladas en la normativa reguladora del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS, Instituto gestor del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas,) o algunas normas particulares, como, en el ámbito del Ejército de Tierra, las «Normas Médico-Periciales sobre pérdida temporal de condiciones psicofísicas», de 11 de octubre de 1.991, del General Jefe del Estado Mayor del Ejército, y la NG 1/1993 de la 4ª División del mismo Estado Mayor, de 19 de febrero de 1.993, reguladora del «Servicio Logístico de Asistencia Sanitaria».

aludida Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, cuyo artículo 156 atribuye a la Sanidad Militar con carácter exclusivo la competencia para dictaminar sobre la insuficiencia temporal o definitiva de condiciones psicofísicas. En desarrollo de tal previsión se ha dictado la Instrucción nº 169/2001, de 31 de julio (13), del Subsecretario de Defensa, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional.

De modo que hasta la citada Instrucción se venía considerando que ante un supuesto de incapacidad temporal para el servicio bastaba con el oportuno dictamen facultativo, ya del propio médico de la Unidad, ya del que correspondiera al interesado en función de la entidad a cuyos servicios sanitarios estuviese adscrito, para que se considerara al afectado en situación de baja por enfermedad, y cesara en consecuencia su obligación de acudir a la unidad a prestar sus servicios. En el caso de que la enfermedad sobreviniera encontrándose el interesado debidamente autorizado fuera de la Plaza militar en que tuviera la sede su Unidad, bastaba con la remisión del oportuno dictamen facultativo, distinguiéndose entonces en función de que dicho dictamen se pronunciara a favor de una baja de carácter ambulatorio o de carácter domiciliario, pues mientras el primer caso implicaba la obligación de reincorporación sin dilación a la Unidad, aunque sin prestar servicios, o a la Plaza militar, lo contrario sucedía en el segundo supuesto, al dictaminarse por el facultativo la conveniencia de que el tratamiento fuera de carácter domiciliario y encontrarse el afectado, se entendía que justificadamente, en localidad distinta a la de su residencia habitual.

La nueva normativa regulariza estas situaciones fácticas, de manera que establece el procedimiento para la concesión de la baja, atribuye la competencia para acordar la baja temporal al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino del interesado, y determina en el apartado 3.3 que éste, *«para un mejor tratamiento y seguimiento de la insuficiencia durante el tiempo que dure la baja temporal para el servicio...permanecerá, preferentemente, en el domicilio donde tenga consignada su residencia habitual o en la enfermería o lugar habilitado al efecto en su Unidad, Centro u Organismo, salvo que la patología obligue a su internamiento hospitalario. A solicitud del interesado y con la autorización expresa del Jefe de la Unidad, Centro u Organismo se podrá realizar la convalecencia en lugar distinto de los anteriores»*, a lo que añade a continuación en el nº 4 del mismo apartado 3 que *«cuando la baja temporal se produzca en una*

(13) Boletín Oficial de Defensa nº 158, de 13 de agosto de 2.001.

plaza diferente a la de su residencia habitual deberá trasladarse a ésta siempre y cuando el informe médico no lo desaconseje o imposibilite».

Diversa problemática presenta la realidad práctica de la regulación contenida en dicha Instrucción (14), que en definitiva entendemos que ha de resolverse no en función del elemento formal del oportuno acuerdo o no de baja emitido por la Jefatura de la Unidad, sino en atención a la situación *de facto* que afecte al militar, que habrá de ser valorada por el Organismo Judicial para colegir de la misma la justificación o injustificación de la ausencia; o sea, aun cuando en determinados supuestos la Jefatura de la Unidad considere improcedente la concesión de la baja por enfermedad y en tales circunstancias el militar afectado se encuentre ausente de la Unidad o lugar de residencia por un plazo superior al legal, no habrá de ser esta concesión o denegación de la baja médica por la Jefatura de la Unidad la que determinará, en definitiva, el carácter justificado o injustificado de la ausencia, elemento valorativo-normativo que corresponde evaluar al Juzgador, y no hacerlo depender de una resolución administrativa, con la conculcación que de ello de podría derivarse de los principios de taxatividad de la ley penal, de tipicidad, y, en definitiva, del principio de legalidad penal.

Así, pues, en definitiva, la situación de baja por enfermedad del militar le dispensa de la obligación de acudir al destino o Unidad (15), mas no

(14) En la que por su diversa casuística no podemos entrar, aludiendo a título de ejemplo, al incumplimiento por el militar de la obligación, establecida en el apartado 7.2 de la Instrucción, de entregar en persona en la Unidad en las condiciones que en tal precepto se señalan, salvo cuando estuviere impedido para ello, del informe médico y la correspondiente solicitud de baja, y que ha llevado en ocasiones a la emisión del correspondiente parte dirigido al Juzgado Togado en relación con la ausencia injustificada del afectado, que no ha entregado tales documentos en persona, por lo que se ha dictado por la Jefatura de la Unidad una resolución denegatoria de la baja médica, habiéndose resuelto por el Organismo Judicial en el sentido de inexistencia de infracción penal, toda vez que la situación de ausencia se entendía justificada al valorarse la situación de enfermedad del afectado, y estimando la concurrencia de una infracción de carácter disciplinario, ante el incumplimiento consistente en la no entrega personal de los documentos señalados.

(15) No es eso exactamente lo que especifica la Instrucción citada, que en su apartado 3.6 señala que *«el personal con baja temporal no realizará ninguna actividad profesional»*, de donde pudiera entenderse que estaría obligado a acudir a la Unidad o destino, y en él no realizar actividad profesional; sin embargo entendemos, y así viene sucediendo, que el militar en situación de baja por enfermedad no sólo está dispensado de realizar actividad profesional sino también de acudir al destino o unidad, aunque no de permanecer residiendo en el lugar donde tenga consignada su residencia, según ya hemos comentado. En este sentido STS, 5ª, de 19 de diciembre de 1.994, expresiva de que *«la situación de baja para el servicio por enfermedad no tiene otro alcance que la dispensa de prestarlo y no hay disposición alguna que obligue al enfermo a permanecer en su casa, e incluso tampoco hay obstáculo para que pueda salir fuera del lugar de su residencia con las limitaciones del art. 175 Reales Ordenanzas, en situación similar a la de franco de servicio»*.

de la obligación de residencia, de modo que en tal situación habrá de continuar *«preferentemente en el domicilio donde tenga consignada su residencia habitual»*, y en el supuesto de que, por las circunstancias de la enfermedad que padezca, interese realizar la convalecencia en otro lugar distinto, necesitará la autorización previa del Jefe de la Unidad, sin la cual, pues, a priori, no podrá entenderse justificada la ausencia.

No es infrecuente encontrar en la práctica alegaciones de error en el sujeto por desconocer la obligación de continuar residiendo en la Plaza militar, aun encontrándose en situación de baja médica. No obstante, escasos serán los supuestos en que el militar realmente desconozca esta obligación de residencia, de la que son informados los militares con carácter general en la fase de formación tras la inicial incorporación a filas.

También ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto el Tribunal Supremo, que en Sentencia de la Sala 5ª de fecha 20 abril 2001 señala *«Entrando en el análisis de la alegación del error... En el presente caso, los dos aspectos intelectual y volitivo del dolo fueron correctamente deducibles por el Tribunal de instancia de los datos que figuran en el relato fáctico, en el sentido de que la obligación de permanecer en su Unidad por parte del inculpado era conocida por éste y deriva de su actuación voluntaria, independientemente de las modulaciones para actuar de esa manera derivadas de su situación psíquica y en tal sentido los rasgos derivados de la misma limitan parcialmente las posibilidades de dirigir su conducta mas no conllevan un desconocimiento de la ilicitud del hecho...»*.

VI.C. LOS PLAZOS

Junto con la ausencia de carácter injustificado se exige para integrar el delito que examinamos, además, el transcurso del plazo fijado por la ley.

El plazo constituye el límite temporal que anteriormente aludíamos y no supone sino un límite en la tolerancia en la ausencia, lo que no hay que entender en el sentido de que la ausencia en cuanto falta de disponibilidad permanente para el servicio es permitida hasta un cierto límite, sino que, complementando la regulación que examinamos con la normativa vigente en materia disciplinaria (16), tenemos que la obligación de presencia es exigida permanentemente si bien se gradúa la respuesta a la falta de pre-

(16) Las ya citadas Leyes Orgánicas 8/1998, de 2 de diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

sencia en función de la entidad de la misma, a tenor de la duración mínima de la ausencia. Así, la ausencia injustificada por un plazo inferior a veinticuatro horas constituirá falta leve, por un plazo superior a veinticuatro horas e inferior a tres días constituiría falta grave y la ausencia por un plazo superior a tres días constituiría no ya infracción de carácter disciplinario, sino la infracción penal que venimos examinando.

Respecto del cómputo de estos plazos, la doctrina ha entendido que en el cómputo del plazo cada uno de los días ha de transcurrir íntegro, completo, lo que obliga a excluir el día inicial del comienzo de la ausencia, de suerte que no se tiene en cuenta el día en que el sujeto *«se ausentare»*, ni aquel otro en *«en que debió efectuar su incorporación»*, a tenor de la norma contenida en el artículo 5.1 del Código Civil, en cuya virtud *«siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente»*. Sin embargo, no es ésta la postura jurisprudencial, que, en base a la habilitación que la expresión inicial del precepto transcrito contiene: *«siempre que no se establezca otra cosa»*, ha venido entendiendo que el artículo 119 establece expresamente otro criterio distinto de cómputo, cuando alude al militar que se ausentare por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, *«transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación»*, de modo que, ante una norma concreta y específica para el cómputo del plazo contenida en el propio precepto que tipifica la conducta, se entiende que el cómputo ha de ser, pues, de momento a momento.

La Sentencia de la Sala 5ª de 29 de noviembre de 1.994 señala al respecto que *«Denuncia el recurrente en su motivo 1º, la infracción del art. 119 CP Militar; toda vez que para que se cometa el delito de abandono de destino han de transcurrir «más de 3 días», y cada uno de los 3 días ha de transcurrir completo, de 0 a 24 horas, lo que obliga a excluir del cómputo el día inicial del comienzo de la ausencia, es decir que no se cuenta el día en que el culpable «se ausentare de su unidad, destino o lugar de su residencia» o la fecha correspondiente «al momento en que debió efectuar su incorporación», conforme a la regla general de nuestro Derecho en materia de computación de plazos (art. 5,1 CC)...*

...no podemos aceptar el expresado cómputo en el modo antedicho, ya que el art. 119 determina cómo debe hacerse, con lo cual desaparece la posible virtualidad del art. 5,1 CC, que deja a salvo el que pueda establecerse otra cosa, que es precisamente lo que el legislador penal ha plasmado en el repetido art. 119...Es decir, que para que la infracción del

deber de presencia se produzca habrá de transcurrir un lapso continuado de tiempo superior al de 3 días, contado el mismo «de momento ad momentum» siempre que el instante inicial de aquel sea determinable — como en el caso que nos ocupa— sin lugar a dudas, ya que si ello no fuera posible tendríamos que acudir, por el principio «pro reo», a otro cómputo que en ningún supuesto se diferiría más allá de las 12 de la noche de la fecha en que tal no presencia fuese conocida».

Hemos de aludir también a una nueva interpretación a partir de las Sentencias de la Sala 5ª de 2 de octubre y 26 de noviembre de 1.996 que, en base a la distinción entre los dos distintos tipos de abandono que se contemplan en el artículo 119, el de unidad o destino y el de residencia, entiende que para que concurra el delito es necesaria la obligación, en el primero de los tipos, de acudir a la Unidad o destino, y en el segundo, de permanecer en el lugar en que se tenga consignada la residencia.

Y ello, que parece obvio, resulta revelador, y en definitiva no significa sino que del cómputo de los días de ausencia habrá de excluirse los días en que la presencia en la unidad del militar no sea concretamente obligada o exigible conforme a las normas reguladoras del régimen general de las Unidades militares o del particular de la Unidad de destino del inculpado, o sea, los días inhábiles o de no servicio.

Y en concreto ha de aludirse a la exclusión con carácter general en ese cómputo de los días sábado, domingo y festivos, pues si hasta entonces se venían incluyendo tales días, de la línea jurisprudencial sentada en las citadas Resoluciones se desprende el criterio de que, si el militar evidentemente ha de concurrir a prestar el servicio ordinariamente los días hábiles, llegado el fin de semana, sábado y domingo, o el día festivo, cesa dicha obligación de acudir al destino o unidad, —no la obligación de continuar residiendo en el lugar en que tenga consignada su residencia al objeto de la necesaria disponibilidad—, salvo que específicamente se tengan nombrados servicios a cumplir en esos señalados días, de modo que en caso contrario, de no tener señalados servicios, el militar no queda obligado a acudir a la unidad, y si no es exigible su presencia en la unidad, la ausencia esos días de la unidad o destino no son, pues, computables al objeto de integrar el plazo establecido para la consumación del delito que estudiamos; o sea, como señala la Sentencia de 7 de octubre de 1.997, «*evidentemente no puede reprocharse penalmente la ausencia del militar de la sede de su Unidad o destino cuando por razón de festividad y estar libre de servicio no concurre in situ al lugar donde, en otro caso, el servicio debiera prestarse*».

Y, al igual que ocurría con el otro elemento, la ausencia, que señalábamos que no admite graduaciones en función de sus características concretas, el plazo tampoco las admite, y así, una vez transcurrido el plazo inicial de tres días, imprescindible para que la conducta tenga relevancia penal y no entidad disciplinaria, la duración máxima de la ausencia es indiferente a los efectos de la comisión del delito; podrá ser relevante asimismo, junto con las demás circunstancias concurrentes, en orden a la individualización de la pena, pero a partir del tercer día, tratándose de un delito formal, se consuma la infracción, y, revistiendo los caracteres de un delito permanente, se permanece en la posición antijurídica que la infracción supone hasta tanto se regulariza la situación.

VII. CULPABILIDAD

En el ámbito de la culpabilidad el delito de ausencia injustificada sólo requiere, dada su conformación objetiva, la concurrencia en la actuación típica del sujeto del dolo genérico consistente en el conocimiento de los elementos objetivos descritos y en la voluntad de realizar los hechos típicos, o sea, en el consciente incumplimiento del deber de presencia en un determinado lapso de tiempo, no necesitando para su realización, desde un punto de vista subjetivo, un especial *animus* o intencionalidad (17).

En este delito no es punible la culpa, pues ya el CPM, adelantándose en esta materia al Código Penal de 1.995, estableció en su artículo 20, tras un primer párrafo expresivo de que «*son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código*», un segundo párrafo en cuya virtud «*las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga*». De suerte que aún cuando, al menos a título de hipótesis, resultaría posible la comisión de este delito de ausencia injustificada de forma culposa, posibilidad que, remota en el tipo propio de la ausencia, es sin embargo más probable en el tipo impropio, en cuanto la no reincorporación puede fácilmente responder a un comportamiento negligente del sujeto, al no estar expresamente recogida la posibilidad de su comisión culposa resultaría impune.

(17) A diferencia de lo que ocurre con el delito de desertión, que como hemos visto se configura como un delito eminentemente intencional, en el que se exige la concurrencia de un dolo directo en la actuación típica del sujeto integrado por el animo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares

VIII. CONCURSO DE DELITOS

El delito de que venimos tratando puede entrar en concurso principalmente con los delitos de abandono de servicio y contra los deberes del centinela, tipificados en los artículos 144 y 146, respectivamente, del Código Penal Militar, lo que sucederá cuando el sujeto que se ausenta de la unidad esté cumpliendo un servicio de armas o transmisiones, que, además, puede ser el servicio de centinela, supuestos de concurso que entendemos que hay que resolverlos con arreglo a la normativa relativa al concurso ideal delitos y contenida en el artículo 77 del Código Penal (18).

Por otra parte, en los últimos años se ha venido produciendo un destacado incremento en los supuestos de concurso entre la figura que analizamos y el delito militar de deslealtad, ya en la modalidad de proporcionar sobre asuntos del servicio información falsa, ya en la de excusarse de cumplir deberes militares produciéndose o simulando enfermedad o utilizando engaño, tipificadas, respectivamente, en los artículos 115 y 117 del Código Penal Militar, que castigan, el primero, al «*militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare*», imponiéndose una pena inferior «*cuando en su información o certificado el militar, sin faltar sustancialmente a la verdad, la desnaturalizare, valiéndose de términos ambiguos, vagos o confusos, o la alterar mediante reticencias o inexactitudes*»; y el segundo, al «*militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño*».

Se refieren estos supuestos de concurso a aquellas conductas protagonizadas por el militar que, bien hace entrega o remite a la Unidad un informe médico relativo a una supuesta enfermedad y que en realidad ha sido manipulado con la intención de que, en base a una supuesta enfermedad, se acuerde la concesión o prórroga de la baja por enfermedad, bien se excusa del deber militar que ha de cumplir, ya causándose, ya alegando simuladamente una enfermedad.

(18) Recordar aquí que el Derecho Penal Militar español, representado por el Código Penal Militar de 1.985, no es autónomo, sino que es un Derecho Penal de carácter especial, complementario del Derecho Penal común, como se desprende tanto del artículo 5 del Código Castrense, expresivo de que «*las disposiciones del Código penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código*», como del artículo 9 del Código común, según el cual «*las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas*».

Si normalmente no plantea mayor dificultad la punición de tales conductas como un concurso real de delitos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 73 del Código común, en diversos supuestos, atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes en los mismos, el Tribunal Supremo no lo ha entendido así, como en la reciente Sentencia de 25 de febrero de 2.002, expresiva de que *«la búsqueda mediante su conducta desleal de la coartada o excusa a través de los partes médicos se verifica —y este es el tipo del art. 117 CPM— para no cumplir sus deberes militares y en ese sentido, de hecho, se establece por el Tribunal a quo que «no se presentó en la Unidad y continuó en su domicilio, sin acudir a trabajar a la misma, después del día 23 de enero». Pues bien, el reproche penal a la deslealtad en alguna medida engloba, agota o incluye el efecto de dicho delito por lo que —al margen de no haberse aplicado las normas concursales— no parece evidente que deba haber lugar a otra tipificación delictiva...*

... aunque sin duda el Sargento M. actúa y permanece en su estancia domiciliaria, amparado por la falsa documentación remitida y la omisión del alta, su conducta no aparece como imbuida o caracterizada por la intención de quedar totalmente sustraído al control de la Unidad y al margen de la misma. Su falta de presentación o incorporación no es objeto o fin independiente de su actitud desleal, sino que está vinculada a la misma, por lo que, también desde este punto de vista, pensamos que no queda técnicamente delimitado de forma indubitada el dolo o intención imprescindible para la tipificación sin lugar a dudas del art. 119...

... De otra parte, y siguiendo el criterio precedente, la actuación desleal cometida por quien presenta partes médicos falsos, absorbe la consecuencia de no presentación en su destino, lo que permite eliminar el delito de abandono de destino en la imputación delictiva».

IX. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

Concluimos la presente exposición con una breve alusión a las especialidades procedimentales establecidas para el enjuiciamiento de los delitos de que venimos tratando.

La Ley Orgánica Procesal Militar, ya citada, regula como procedimiento ordinarios el Sumario y las Diligencias Previas, éstas con el carácter de procedimiento de prevención, en orden a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento penal aplicable, y como procedimiento especial, *«para cono-*

cer determinados delitos», las que denomina «*Diligencias Preparatorias*», a las que se dedica el Título I, artículos 384 a 396, del Libro III, que lleva la rúbrica de «*de los procedimientos especiales*».

Se trata de un procedimiento que pretender ser abreviado, a semejanza del regulado en los artículos 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la diferencia de que su ámbito en la norma rituaría castrense no se determina en función de la penalidad señalada a los delitos, sino en función del señalamiento o enumeración específica de determinados delitos a enjuiciar por sus trámites, delitos entre los que se encuentra el abandono de destino o residencia que venimos estudiando.

Es característica de este procedimiento la inexistencia de procesamiento, así como el acortamiento de los plazos, previniéndose en el artículo 387 que «*la tramitación de estos procedimientos y de los recursos ordinarios y extraordinarios que en ellos se interpongan tendrán carácter preferente. Todos los que intervengan en unos y otros procurarán abreviarlos mediante su ininterrumpida y rápida actividad procesal, con el fin de que en la tramitación y enjuiciamiento de los mismos no se emplee tiempo superior a dos meses, contados a partir de que el inculpado se encuentre a disposición de la Autoridad Judicial*», ajustándose por lo demás la tramitación, en lo no especificado concretamente en dicho Título, a las normas comunes de la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTONIO MILLAN GARRIDO, *El delito de deserción militar*, Editorial Bosch, 1983.
- JUAN MANUEL GARCIA LABAJO, *Delito de abandono des destino o residencia; Delito de deserción militar*, en Comentarios al Código Penal Militar, coordinados por Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante, págs. 1.471-1.504 y 1.505-1.548.
- JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA, «*Incitación, apología, auxilio y encubrimiento de los delitos de abandono de destino o residencia y deserción*», en Comentarios al Código Penal Militar, cit., págs. 1601-1605.
- JUAN-FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Editorial Bosch, 1990.
- ANTONIO MILLAN GARRIDO, *La reforma de las infracciones contra el deber de presencia: los delitos de deserción y ausencia arbitraria*, Derecho Penal y Procesal Militar, Consejo General del Poder Judicial, 1.993

- JOSE LUIS MAIZ BARRERA. *El sujeto activo en los delitos contra el deber de presencia*, Derecho Penal y Procesal Militar, Consejo General del Poder Judicial, 1.993
- LUIS MIGUEZ MACHO, *La nueva regulación de los delitos militares de deserción y abandono de destino o residencia*. Revista Española de Derecho Militar, nº 64, Julio-Diciembre 1.994.
- ARTURO HERNANDEZ MUNTIEL y RAMON FERRER BARQUERO. *Manual Práctico de la Jurisdicción Militar*, Editorial Práctica de Derecho, S.L., 1.998.
- CARLOS MARIA ALAIZ VILLAFAFILA. *El procedimiento penal abreviado*, en Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares, Ministerio de Defensa, 2.001.