

**ATIPICIDAD DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS
A LOS DEBERES DE PRESENCIA DE LOS EXTINTOS
MILITARES DE REEMPLAZO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL
MILITAR TERRITORIAL PRIMERO, DE 18 DE JUNIO DE 2003**

Ignacio J. de Guzmán Muñoz
Abogado

SUMARIO

I. Introducción. II. Exposición del caso. III. En defensa de la atipicidad de los hechos. IV. Extensión a otros preceptos del mismo Capítulo. V. Sentencia de 18 de junio de 2003, dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando parecía zanjada la cuestión del servicio militar obligatorio, tras la suspensión del mismo, y cuando las deudas penales de quienes quebrantaron dicho servicio aparentaban estar saldadas con la entrada en vigor de la LO 3/2002, que derogaba el art. 119 bis del Código Penal Militar y modificaba el art. 120 del mismo Código, en el sentido de eliminar del elemento subjetivo del tipo al militar de reemplazo, un encargo profesional me planteó la siguiente cuestión: ¿qué sucede con los militares de reemplazo que hayan cometido los delitos previstos en los arts. 121, 122 y 123 CPM? Porque dichos artículos no han sido modificados por la LO 3/2002, y de hecho, como sucedió, las causas penales continuaban abiertas, a pesar de que las conductas de esos artículos no dejan de ser subgéneros de las

conductas derogadas para los conscriptos. Demasiada prisa se tomó el legislador y en un olvido que ha costado algún proceso penal que otro, analizo una Sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero, que viene a arrojar luz y coherencia a la reforma penal.

Previamente, para mayor claridad reproduzco una tabla comparativa de los artículos integrados en las Secciones Primera (Abandono de destino o residencia), Segunda (Deserción) y Tercera (Quebrantamientos especiales del deber de presencia), del Capítulo III (Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar) del Título VI (Delitos contra los deberes del servicio), del Código Penal Militar, antes y después de la entrada en vigor de la LO 3/2002, de 22 de mayo.

Redacción anterior	Redacción tras LO 3/2002
<p>Artículo 119 bis El militar de reemplazo que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de quince días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.</p>	<p>Artículo 119 bis (derogado)</p>
<p>Artículo 120 Comete deserción el militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.</p>	<p>Artículo 120 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. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.</p>

Redacción anterior	Redacción tras LO 3/2002
<p>Artículo 121</p> <p>El militar que se ausentare injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.</p>	<p>Artículo 121</p> <p>El militar que se ausentare injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.</p>
<p>Artículo 122</p> <p>El militar que en circunstancias críticas se ausentare injustificadamente de la unidad donde preste sus servicios, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.</p>	<p>Artículo 122</p> <p>El militar que en circunstancias críticas se ausentare injustificadamente de la unidad donde preste sus servicios, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.</p>
<p>Artículo 123</p> <p>El militar no comprendido en los artículos anteriores que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte 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.</p>	<p>Artículo 123</p> <p>El militar no comprendido en los artículos anteriores que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte 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.</p>

II. EXPOSICIÓN DEL CASO

N.M.M, es un ciudadano que durante el cumplimiento del servicio militar obligatorio se ausentó a la salida a la mar del Buque en el que se encontraba destinado como marinero de reemplazo. Como consecuencia de estos hechos, se incoaron diligencias preparatorias, que concluyeron con la acusación por parte del Fiscal Militar por un delito de quebrantamiento especial del deber de presencia previsto y penado en el art. 123

del CPM, y para el que solicitaba la pena de seis meses de prisión. Durante la instrucción del caso entró en vigor la LO 3/2002, que como se ha dicho, deroga el art. 119 bis del CPM y modifica el 120 del mismo cuerpo legal, sin que esta variación en la política criminal militar que tiene su origen en la suspensión del servicio militar obligatorio a partir del 31 de diciembre de 2001, tuviera ningún efecto en la causa abierta contra N.M.M.

III. EN DEFENSA DE LA ATIPICIDAD DE LOS HECHOS

En aras a la brevedad y concisión, paso a reproducir los argumentos expuestos en mi escrito de defensa, así como los motivos que se manifestaron en el acto del Juicio, los cuales defienden la tesis de que la conducta descrita en artículo 123, si bien no queda afectada expresamente por la reforma de la LO 3/2002, ha de entenderse atípica para los que incurrieran en ella estando cumpliendo el servicio militar.

Como presupuesto previo a la consideración de atipicidad de los hechos descritos en el tipo penal del art. 123, hemos de preguntarnos qué es lo que ha cambiado para que, donde hasta ahora se venía aplicando dicho precepto sin mayor problema, en la actualidad ello no sea posible. A primera vista, nada se ha modificado en el precepto, y nada dice la LO 3/2003 sobre esta norma. Pero en mi opinión sí se han experimentado cambios trascendentales. Ha cambiado la escena en política de defensa, ha cambiado la hermenéutica penal militar a raíz de la entrada en vigor de la LO 3/2002 y, lo más importante, ha cambiado la definición del elemento subjetivo del tipo descrito en el art. 123 CPM.

Tras la suspensión del servicio militar obligatorio, el género de militares queda reducido a los profesionales en sus distintas modalidades y adscripciones definidas por la Ley 17/1999. Ello tuvo su reflejo penal en la LO 3/2002, que evitaba el cumplimiento de las condenas de aquellos militares de reemplazo, reos de estos delitos, y además preveía el sobreseimiento de los encausados —también militares de reemplazo— por delitos de desertión y abandono de destino y residencia. En definitiva, el nuevo escenario en política de defensa en el que nos encontramos parte de la base de no hacer uso de la movilización programada de tropas a través de un servicio militar obligatorio y, en su consecuencia, que nadie pueda ser penado por incumplir los deberes militares que en su día adquirió en razón de una obligación inexistente en la actualidad. Partiendo, como digo, de esta nueva escena, hay que reinterpretar los preceptos del CPM referentes

a esas obligaciones que nacen con la condición militar, y que de no ser por dicha condición, no se deberían observar.

CAMBIOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 123 CPM

Para entender atípicos los hechos descritos en el art. 123 si éstos fueron cometidos por un militar de reemplazo, hay que acudir a las reglas de interpretación tradicionales en nuestro Ordenamiento Jurídico:

1. Interpretación sistemática

La derogación del art. 119 bis y la modificación del 120, nos debe dar la pista sistemática de la interpretación en el sentido siguiente: siendo como es que el art. 123 se encuentra en el mismo título y capítulo, y, sobre todo, siendo como es que la naturaleza de los delitos que allí se describen es la misma, necesariamente hay que poner en relación la reforma expresa que hace la LO 3/2002 con el articulado intacto de ese mismo capítulo y título. Y al contrario, ahora el art. 123 que se encuentra en el mismo capítulo y título que los modificados y derogados, hay que interpretarlo conforme a esta última reforma, por ser de idéntica o similar naturaleza y por proteger en el fondo un mismo bien jurídico. En este sentido, argumentó el Ministerio Fiscal, que el delito descrito en el art. 123 era de distinta naturaleza por encontrarse en una sección distinta, si bien dentro del mismo título y capítulo. Este hecho, no nos parece relevante por lo que a la interpretación sistemática se refiere, y ello porque si hay algo común entre la denominación del capítulo en el que se incardinan los preceptos estudiados y la sección específica en la que se encuadra el art. 123 es precisamente el término «presencia», por lo que es fácilmente colegible que tal argumento no es de trascendencia hermenéutica dado que esta identidad en la protección del bien jurídico de la presencia del militar —bien sea genérica, bien especial— es la que permite aplicar el criterio de interpretación sistemática y poner en relación el art. 123 con la reforma operada por la LO 3/2002.

2. Interpretación teleológica

De lo que hasta ahora venimos diciendo, ya se ha apuntado cuál es la finalidad última de la ley, a raíz precisamente de los cambios en materia de

política de defensa. La LO 3/2002 no es más que el reflejo jurídico penal de la suspensión del servicio militar obligatorio, es en definitiva el espejo penal en el que se mira la suspensión de la «mili». Es cierto que sólo afecta a los arts. 119 bis y 120 del CPM, pero hemos de mirar más alto y ponerla en relación con su causa. Y así entendido, se infiere sin dificultad que, de la misma manera que a partir del 31 de diciembre de 2001 se suspende toda obligación de prestar servicio militar, y en consecuencia, nadie que no lo desee expresamente puede adquirir la condición militar, así quedan derogadas las conductas punibles de quienes las cometieron durante su servicio y que sólo en razón de éste se podían cometer, entendiendo como tales todas las actitudes relativas al servicio y a la presencia, en sus distintas formas, pues eran obligaciones que sólo se adquirirían por estar cumpliendo una obligación que hoy no existe. Por lo tanto, la finalidad de la LO 3/2002 no puede ser otra que dejar sin castigo todas las conductas contrarias a los deberes de presencia y de servicio, y no sólo a los explícitamente mencionados en dicha Ley.

3. Interpretación auténtica

Esta última regla interpretativa hay que ponerla en relación con la intención del legislador. Alguien podría oponerme que si el legislador realmente hubiera querido afectar con la reforma el art. 123 le habría sido tan fácil como incluirlo en la LO 3/2002 con los mismos efectos que se aplican al 119 bis y 120. Eso es cierto, y de hecho hubiera sido lo deseable. Pero, no fue así, y no lo fue por las siguientes dos razones que me parecen de relevancia: En primer lugar hay que tener en cuenta que la LO 3/2002 tuvo una tramitación parlamentaria de urgencia, lo cual le resta a la ley calidad técnica, aunque la dota de efectividad práctica, dado que los delitos que con ella se derogan tienen escasa penalidad y cuanto antes entrara en vigor evitaría el cumplimiento de un mayor número de condenas. Y en segundo lugar hay que fijarse en cuál es la labor que realiza el legislador para evitar las condenas de los militares de reemplazo. Se limita a derogar un artículo (el 119 bis) que afectaba exclusivamente a los militares de reemplazo, e incorporar el término «profesional» y añadir a los reservistas incorporados al art. 120, en previsión de una futura regulación de esta figura contemplada en la Ley 17/1999 de personal militar, pero aún no desarrollada reglamentariamente. Con esas medidas, entiende el legislador cumplida la finalidad de la Ley. ¿Que sucedió con los arts. 121, 122 y 123? Dichos artículos, a diferencia de lo que sucedía con el 120, no soportaban la carga social de ser los responsables de la gran mayoría de condenas de

quienes abandonaban el servicio militar obligatorio, básicamente porque los dos primeros (el 121 y 122) contemplan situaciones realmente extremas, y el art. 123 no deja de ser un subgénero residual de los dos anteriores, de menor entidad y sólo referido a Unidades especiales como son el Buque o la Aeronave, por lo que fácilmente pasó desapercibido en la reforma. O es que acaso se puede pensar que el legislador quería realmente despenalizar conductas tan graves como la desertión y dejar vigentes las especies menores como el quebrantamiento especial del deber de presencia. Mi opinión es negativa al respecto.

4. Interpretación lógica

Al hilo de esto último, no es difícil aplicar las reglas lógicas de la interpretación. En ese sentido, el razonamiento *a fortiori* del tipo *maiori ad minus* nos debe conducir al mismo resultado: quien ya no es capaz de cometer delitos como la desertión, no puede cometer subtipos menores como el quebrantamiento especial del art. 123 CPM. Así es, estando derogado el género de los delitos contra los deberes de presencia cometidos por militares de reemplazo, deben así mismo ser consideradas atípicas las especies de ese género como es el quebrantamiento especial del deber de presencia.

5. Interpretación gramatical

Finalmente, si nos atenemos a la literalidad de la Ley, leída con los anteojos de la realidad legal actual, cuando el art. 123 habla del militar sin más, no podemos pensar en el militar de reemplazo que hoy no existe. El militar del que habla el art. 123 no es el militar de reemplazo, en nada ya le puede afectar, sino exclusivamente el militar profesional.

Para concluir, todos estos argumentos nos llevan al resultado que ya se ha adelantado: ha cambiado la definición del elemento subjetivo del tipo descrito en el art. 123 CPM. Así es, ahora el militar del que habla el art. 123 no puede ser en ningún caso el militar de reemplazo, y en consecuencia los militares de reemplazo que cometieron el tipo, hoy no pueden ser condenados por estos hechos, precisamente porque el militar al que se refiere el art. 123 no puede ser otro que el militar profesional. Habrá que retrotraer la nueva definición de militar, que con las reformas en el Servicio Militar se ha introducido y excluir a los antiguos militares de reemplazo del concepto de militar que expresan los artículos 121 y siguientes del CPM.

IV. EXTENSIÓN A OTROS PRECEPTOS DEL MISMO CAPÍTULO

SECCIÓN CUARTA. INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA Y SIMULACIÓN PARA EXIMIRSE DEL SERVICIO MILITAR Y NEGATIVA A CUMPLIRLO

Artículo 125

El militar que, para eximirse del servicio, se inutilizare o diere su consentimiento para ser inutilizado por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, si es en tiempo de paz y de tres a diez años, si es en tiempo de guerra. En caso de tentativa podrá imponerse la pena en la mitad inferior de las antes señaladas.

En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, procurare a un militar la inutilización a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose en su mitad superior si se realizare el hecho mediante precio o cuando se tratare de personal sanitario. Se impondrá en su mitad inferior cuando el autor sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del mutilado o inutilizado.

Artículo 126

El militar que, para eximirse del servicio u obtener el pase a otra situación administrativa, simulare una enfermedad o defecto físico será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

En las mismas penas incurrirá el personal sanitario que facilitare la simulación.

SECCIÓN QUINTA. DISPOSICIÓN COMÚN

Artículo 129

El que de palabra, por escrito, impreso u otro medio de posible eficacia, incitare a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en las secciones 1.^a y 2.^a de este capítulo, hiciere apología de los mismos o de sus autores, los auxiliare o encubriere, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Quedará exento de pena el encubridor que lo fuere de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, de su ascendiente, descendiente o hermano.

No obstante, en tiempo de guerra, se podrán imponer en todo caso las mismas penas que a los autores de los respectivos delitos.

Aún nos queda por saber qué sucede en los casos previstos por los artículos de la Sección Cuarta del Capítulo del CPM objeto de nuestra Sentencia. Vista su redacción, en la que no se distingue al tipo de militar que lo comete, debemos excluir de su comisión a los militares de reemplazo que se inutilizaron o simulaban alguna enfermedad para eximirse del Servicio Militar, precisamente por los mismos argumentos ya expuestos. No se puede condenar a alguien que dejó de cumplir el Servicio Militar obligatorio inutilizándose o simulando enfermedad, porque actualmente no existe la obligación de prestar dicho servicio.

Ahora bien, ¿qué sucede con la Disposición Común que recoge la Sección Quinta del Capítulo? Dicha Disposición tipifica la conducta de cualquier ciudadano, militar o no, que induzca, defienda, encubra o auxilie las conductas de abandono de servicio y residencia o de desertión, o a sus autores. Pues entiendo que, en pura lógica, hemos de considerar vigente este artículo para quienes así actuaron respecto de los deberes de los militares profesionales, no así de los antiguos militares de reemplazo, pues siendo que dicha obligación ya no es tal, y su incumplimiento pasado tampoco es perseguible, no se puede más que concluir que los inductores, encubridores o, auxiliadores no puedan ser inculcados por esos hechos.

V. SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 2003, DICTADA POR EL TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL PRIMERO

Es especialmente interesante el Fundamento Jurídico I de la Sentencia que resolvía el caso en cuestión, el cual sintetiza los argumentos enumerados, y los extiende a los art. 121 y 122 del CPM. Por ese motivo, reproduzco dicho Fundamento a continuación:

«Si bien, la Ley Orgánica 3/2002 de 22 de mayo que modificó las Leyes Orgánicas 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal y la Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al Servicio Militar y a la Prestación Social Sustitutoria se limitó a suprimir en lo que se refiere a los delitos militares el art. 119 bis del CPM que castigaba a los militares de reemplazo que injusti-

ficadamente se ausentaren de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de 15 días y a modificar el siguiente artículo 120 circunscribiendo la conducta que sanciona a los militares profesionales al haber quedado suspendido el Servicio Militar obligatorio desde el 31 de diciembre de 2001, disponiendo en su Disposición Transitoria Única el sobreseimiento de los procedimientos seguidos por estos delitos contra los referidos militares de reemplazo, dejando por el contrario intactos los artículos 121, 122 y 123 del mismo Código Penal Militar relativos a los «quebrantamientos especiales del deber de presencia» y en consecuencia lo dispuesto en este último precepto que sanciona al militar que se quedare en tierra injustificadamente a la salida de buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte, el examen de las conductas atribuidas a quienes como el encartado ostentaban la condición de militares de reemplazo en el momento de ocurrir los hechos debe efectuarse a tenor de la interpretación no sólo sistemática del referido tipo delictivo que se encuentra encuadrado en el mismo Capítulo del Código Penal Militar relativo a los delitos contra el deber de presencia en el que también se hallaban las conductas despenalizadas para los militares de reemplazo sino también desde un punto de vista lógico y teleológico congruente con el espíritu de la reforma de la Ley Orgánica 3/2002 en razón de la desaparición del Servicio Militar obligatorio, y concluir por ello que la conducta del militar de reemplazo, carece en el presente momento de relevancia penal y cabe atribuirle exclusivamente a aquellos militares que ostenten la condición de profesionales».

El Fallo, como es lógico, absolvía al inculpado.

VI. CONCLUSIÓN

Con esta Sentencia, que el Fiscal Militar no recurrió, si bien no contamos con la postura que el Tribunal Supremo hubiera podido aportar a la cuestión, sin embargo podemos considerar concluso y cerrado el proceso de desvinculación jurídico-penal de los civiles a las Fuerzas Armadas a causa del suspendido Servicio Militar obligatorio, del que en gran parte fue culpable la incompleta y precipitada Ley Orgánica 3/2002, y gozamos de argumentos de peso para los eventuales —esperemos que escasos— asuntos análogos.

Es especialmente de agradecer la amplitud de miras, y el pronunciado sentido de Justicia con el que ha resuelto el Tribunal el presente caso, a pesar de las dificultades técnico-legales con las que ha debido lidiar.

No obstante lo dicho, aún nos quedará saber qué sucederá con los militares de reemplazo que al tiempo de prestar sus servicios, cometieron delitos militares de distinta naturaleza a las conductas estudiadas, ya que entre la conducta que vulnera las obligaciones de presencia y residencia y el resto de conductas delictivas existe una principal diferencia: las primeras sólo pueden ser cometidas por militares y por quien ostente esta condición en virtud de una obligación que hoy ya no existe. Las segundas, en cambio, no parece que puedan estar afectadas por ese cambio de concepción de las Fuerzas Armadas. Para muestra, un ejemplo: si un antiguo militar de reemplazo se encontrara a día de hoy encausado a consecuencia de una agresión a un superior cometida durante la prestación del Servicio Militar ¿debe ser sobreseída esa causa? Habrá que avanzar en el estudio técnico de estas causas, mucho más dudosas que la que hemos comentado, aunque los Tribunales Militares se inclinarán por la condena en estos casos casi con toda probabilidad. Me inclino, modestamente, por la vigencia de esos procedimientos, visto que el bien jurídico en juego no está fundamentado en la inexistente obligación de prestación del Servicio Militar, sino en otros valores jurídicos que siguen siendo actuales.