

LA DESERCIÓN

por Pedro RUBIO TARDIO

Teniente Coronel Auditor del Aire.

I

LA DESERCIÓN

Dentro del enunciado general de "deserción" o, si se prefiere, "delito militar de deserción", viene comprendiéndose en nuestra normativa vigente, al mismo tiempo histórica por su permanencia, una serie de formas delictivas de distinta naturaleza y gravedad, en las que es nota característica la total ausencia de sistemática que ha sido sustituida por una proliferación anárquica de tipos, formas y consecuencias penales, cuya aplicación se hace en extremo complicada, difícil y casuística y que, a nuestro juicio, hacen necesaria la total reconsideración del tema y propugnar la sustitución de tal normativa por otra más razonable, justa y sencilla.

Por constituir indiscutible presupuesto y antecedente necesario de todos los demás extremos o consideraciones que el tema pudiera sugerirnos, trataremos ante todo de qué debe estimarse por deserción y, al efecto y muy someramente, qué se entendió por tal a través de los tiempos, hasta el momento actual: haremos una breve comparación dentro de algunos de los actuales sistemas de Derecho penal militar, para, valiéndonos de los materiales históricos acopiados, que nos demuestren las exigencias reales de la vida en el devenir histórico, y la situación actual del Derecho penal, doctrinal y legislado, llegar a determinar el concepto a la vez empírico e ideal de lo que por deserción y, más concretamente, delito de deserción debe entenderse.

Seguidamente examinaremos la naturaleza de tal delito, sus elementos y formas, todo ello para sentar las bases que nos permitan hacer una crítica del capítulo IV, título XXII, tratado II de nuestro Código de Justicia Militar, por cierto nada favorable.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS—Como no se trata de hacer un estudio histórico sobre la deserción, sino de extraer antecedentes a los problemas que vamos a tratar, basta, a nuestro propósito, iniciar las citas en Derecho romano, por ser allí donde surgen las palabras *desertio* y *desertor* y porque ya en el Derecho romano aparece nítidamente configurado lo que por deserción debe entenderse.

En el Derecho romano, aparece la idea de deserción con gran claridad, consecuencia del genio militar y jurídico a la vez de Roma, a la que por ello no podría faltar lo que no era, acaso, sino la suma de ambos, el jurídico militar, en cuyo campo se desenvuelve plenamente este trabajo.

II

DERECHO ROMANO

Roma nos legó la palabra “desertor” y me parece que la filología es, en nuestro caso, valiosa para determinar qué ha de entenderse por deserción y cómo el fenómeno a que he de referirme, en Roma se produjo, creo estar en la oportunidad de acudir a cuatro términos latinos:

1.º “*Deserere*”.—*Desero, is, vi, sertum, rere*, es tanto como dejar, desamparar, abandonar. César empleaba las formas *deserere exercitum, deserere duces* (abandonar el Ejército, abandonar los Jefes, etc.).

2.º “*Desertio*”.—*Onis*, derivado de la anterior, no es otra cosa que la acción de abandonar, desamparar o dejar desamparado.

3.º “*Desertor*”.—Era el sujeto de la *desertio*, que abandonaba, desamparaba, etc., sin que al principio implicara el complemento, objeto de la deserción.

Sin embargo, llegó un momento en el que el desertor era ya, sin más término, el soldado que abandonaba o desamparaba sus

banderas, expresión propia que los diccionarios señalan generalmente.

Acaso fué este sentido y significado propio del *desertor* y la *desertio* lo que hizo surgir el término que nosotros empleamos.

4.º “*Desertar*”.—Verbo que implica de suyo y sin más el abandono del Ejército, filas o banderas por el soldado, por el militar. Perdida para el castellano la forma *deserere* nos quedan las de “deserción”, “desertor” y su derivada “desertar” en aquel sentido propio, peculiar y específico del soldado (en sentido genérico) que abandona sus banderas, aunque más o menos metafóricamente se emplea con cierta generalidad para reforzar otros abandonos no militares, pero que revisten cierta clandestinidad (escape), gravedad o ausentes totalmente de razón.

No es pequeña ayuda lo que antecede para continuar nuestro camino, el idioma como el Derecho depende y ayuda a satisfacer necesidades vitales y no es poco que sepamos el más exacto y específico significado gramatical de la palabra ordenadora de nuestras investigaciones todas.

¿Pero, nos preguntamos, responde el Derecho militar de Roma a esa digresión gramatical?

Son muchas veces las que la técnica jurídica, la militar u otras emplean los términos con significado distinto al gramatical o al vulgar, si se prefiere. En algunos casos no es sólo distinto, sino de verdadera oposición. Sin embargo, en el Derecho romano, las palabras *desertio* y *desertor* implicaban la más plena adecuación entre el sentido general y el jurídico militar.

El *Digesto*, en su libro LXIX, título XVI, *De Re Militari* nos define el desertor: *Desertor est* (dice) *qui per prolixum tempus vagatus, reducitur* (Desertor es el que anda errante por mucho tiempo y es reducido).

Es decir, que para MODestino, de quien procede tal definición, no cualquier militar ausente es desertor, sino que ha de tratarse de un ausente por mucho tiempo y sin ánimo de regresar a las filas que abandonó. *Reducitur* (es detenido y si vuelve a las filas es como consecuencia de su detención). Esta palabra, este inciso de la definición, viene a implicar en correcta interpretación que en el desertor ha de existir un deseo de abandono definitivo de su Ejército, filas o banderas, para lo cual, se consideran térmi-

nos más que suficientes de clara presunción; de una parte, la larga ausencia y, de otra, la detención. Podríamos dejar sentado que en la definición se implica el *dolo específico*, la intención de definitivo abandono.

Por si no pareciera bastante la definición descrita, es de señalar como, al lado mismo de la figura del desertor, se nos define la del *emansor*, diciendo: *emansor est, qui divagatus ad castra regressitur* (el que ausente o errante por algún tiempo, algunos días, regresa al campamento). Aquí, la brevedad de la ausencia, de una parte, y el voluntario regreso, de otra, ponen de relieve la falta de intención de ausentarse definitivamente.

Relaciona el propio *MODESTINO* a continuación numerosos supuestos, como los de el que escapa de la exploración, el que no sigue a sus Fuerzas, el que marcha por provisiones y no vuelve durante mucho tiempo, el de la deserción sediciosa, casos de ausencia justificada, etc.

A la vista de los citados textos, pudo afirmarse por Vico, en su obra *Diritto penale militare*, que "la deserción en Roma tiene como nota característica la intención de abandonar definitivamente el servicio, intención que requiere, en ocasiones, una larga ausencia para manifestarse, distinta en la de *emansio*, en la que el sujeto se sustrae por cierto tiempo de sus deberes militares, pero sin aquella intención. Opinión con la que en lo esencial coincide *ARANGIO-RUIZ* al sostener que el "criterio diferencial entre la *desertio* y la *emansio* viene a ser la misma que en los siervos se establece entre *erro* y *fugitivus*, siendo *erro* el siervo que no quiere huir, sino andar vagando y vuelve tarde a casa, y *fugitivus* el que no vuelve durante mucho tiempo o no lo hace voluntariamente.

No es obstáculo a cuanto venimos exponiendo que en algún caso, por ejemplo, el de ausente que no vuelve transcurrido cierto tiempo sobre el fijado pueda ser *emansor* o *desertor* según la duración mayor o menor de la ausencia, pues ello viene a demostrar algo que no contraría el criterio general, que el tiempo en Derecho romano actúa como índice del propósito de sustraerse definitivamente, o no, a los deberes militares; ni sería tampoco obstáculo a los fines que perseguimos que el criterio diferenciador entre la *desertio* y la *emansio* con base en el arresto o la presenta-

ción espontánea no apareciera hasta el siglo iv como cree Costa.

Se distinguía también de la deserción, la no presentación al enrolamiento (*detrectare militiam*).

Resumiendo lo expuesto, podemos afirmar que la deserción en Derecho romano consistía en un *deserere exercitum aut militiam*, siendo *elemento personal* único el “*milites*”, la *acción material o conducta antijurídica* el *ausentarse de filas* y el *elemento interno* o dolo específico la intención de ausencia definitiva.

Configurado así el delito de deserción no hay por qué decir que las penas aplicables variaron según la época y eran de extraordinaria severidad aunque atemperada a los distintos supuestos. Si bien, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, abarcaron desde la *militar mutatio* hasta la pena de muerte.

III

DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

En España, según GARCÍA GALLO, consta que uno de los delitos en que más frecuentemente se ejerció la especial jurisdicción castrense fué la deserción.

Todos los súbditos, tanto godos como hispano-romanos, una vez afianzada la monarquía visigoda, tuvieron el deber de prestar el servicio militar y contar con un adecuado equipo de guerra, creándose en el siglo vii leyes penales y rigurosas para la represión de la deserción y en el Fuero Juzgo, libro IX, aparece la rúbrica general *de los que no van a la hueste y de los que fuyen dela* apareciendo apartados tan típicos como los siguientes:

1.º “Si aquellos que son sinescalos de la hueste dexan tornar algún omne de la hueste por precio, o fincar en su casa.”

3.º “Si los sinescalos, que deven ordenar la hueste, dexan la hueste, é se tornan para sus casas, ó si dexan algún omne que non constringan que vaya a la hueste.”

4.º “Si los que deven ordenar la hueste se tornan de la batalla para sus casas, ó si dexan a otros tornar.”

5.º “Si los que ordenan la hueste reciben algún precio por dexar algún omne fincar en su casa que non es enfermo”. (La célebre ley de Wamba cuya severidad y duras penas pretendió poner coto a la anarquía existente y falta de obediencia a la Autoridad Real).

La Partida II, título XIX, ley III y siguientes, señalan los distintos tipos de guerra y la obligación de ayuda al Rey y defensa del territorio por todos los que deben acudir a la hueste.

Sin embargo, obligado es señalar, como debido probablemente a las circunstancias especiales porque atravesó la península durante la Edad Media, no aparecen en los Cuerpos legales citados. Fuero Juzgo y Partidas, una clara construcción de la deserción. aunque, naturalmente, se recojan variadas formas de la misma. fundamentalmente inspiradas en el Derecho romano, pero atemperadas a las peculiares formas de vivir y combatir durante tal época.

Por lo que se refiere al estado legal precedente a la codificación del Derecho penal militar, podemos afirmar (con RODRÍGUEZ DEVESA) que las disposiciones por las que se venía rigiendo la deserción en el siglo XIX, con anterioridad a los Códigos penales del Ejército y de la Marina de Guerra, constituyen un modelo de la más acabada anarquía. En Juzgados militares de España y sus Indias, decía a principios del siglo Félix COLÓN DE LARRIATEGUI, que las diversas circunstancias con que se comete este delito, y la repetición de indultos que logran los desertores en casos generales y particulares, ha contribuido a que sea éste el artículo más confuso y complicado de nuestras Leyes penales. porque no siendo fácil de comprenderse en las resoluciones expedidas todos los casos de las deserciones, se repiten otras nuevas que van aumentando el Código penal, y hacen cada vez más difícil y dudosa la aplicación de la Ley en los que de nuevo van ocurriendo. Cita, al efecto, COLÓN, además de las Ordenanzas, no menos de 57 Reales Ordenes que habían de tenerse en cuenta en la materia para el Ejército de Tierra y 16 para la Armada.

La Real Orden de 31 de julio de 1866 —sigue afirmando DEVESA— trató de poner remedio a esta situación, refundiendo en

una sola disposición las muy numerosas que se habían dictado hasta la fecha. Pero, como observa Alejandro DE BACARDÍ, la obra legislativa fué muy incompleta, por lo que seguían en vigor muchas disposiciones anteriores, a las que se vinieron a añadir otras dictadas con posterioridad a la mencionada Real Orden. En el año 1878 enumeraba BACARDÍ hasta trece especies de deserción, sin tener en cuenta a los tipos privilegiados o cualificados que resultaban de considerar, si era por primera o segunda, o ulteriores veces; si en tiempo de paz o de guerra, con circunstancias agravantes o sin ellas, si se presentaban voluntariamente o no; si era antes o después de incorporados a un regimiento, en dirección o no al enemigo, etc. En el Código penal del Ejército de 1884 se acometió por primera vez una profunda reforma en la materia, cuyas líneas generales llegan hasta nosotros introduciendo la novedad de castigar la *deserción del Oficial*, punto en el que no fué seguido por el Código penal de la Marina de Guerra, el cual redujo el delito de deserción a las clases de marinería, tropa o asimilados, incluyendo el *abandono de destino o residencia del Oficial*, entre los delitos de abandono de servicio. El Código de Justicia Militar de 1890 siguió en ésto al de la Marina de Guerra, consolidando el criterio que se ha mantenido en el vigente de 1945 común a los tres Ejércitos. Reducido en 1890 el casuismo, todavía se podían contar, sin embargo, diecinueve formas de la deserción, casuismo aterrador, si se compara con la regulación alemana o suiza. Parece indudable que en la fase codificadora influyó en nuestra patria el sistema francés, modelo de defectuosa técnica, por cuanto en él se abandona lo que se debe tomar como elemento esencial de la deserción, a saber: la intención de sustraerse al servicio militar, sustituyéndola por módulos estrictamente objetivos, que, naturalmente, conducen a una exuberante proliferación legislativa en el afán de no omitir ningún supuesto que se reputa digno de ser castigado como deserción. Sobre las enseñanzas que brinda el Derecho comparado desde el punto de vista de *lege ferenda*, se hacen algunas indicaciones en lo que sigue.

IV

DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

De momento, bástenos con señalar que el Código de Justicia Militar de 1945, regula la deserción con un criterio extraordinariamente objetivista, en el tratado II, título XII, que lleva por rúbrica *Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército*; y en el mismo tratado II, título XV, capítulo II, sección 1.ª, artículos 431 a 433, que se refieren a las faltas graves de deserción y falta de incorporación a filas en tiempo de paz.

La rúbrica de delitos "contra los fines y medios de actuación del Ejército" se aviene perfectamente con la deserción, tanto al menos como la de "lesión del deber de prestar servicio militar" (del Código suizo), "delitos contra el deber militar" (Código francés) o "ausencia del servicio" (Código italiano), puesto que siendo el servicio militar una prestación personal mediante la cual el Ejército puede cumplir sus fines, se trata indudablemente de un delito contra los medios (personales) de acción de aquél.

La expresada rúbrica del título en que el Código de Justicia Militar encuadra la deserción resalta que ésta ataca de manera mediata a los fines, e inmediata a los medios, concretamente personales, según terminamos de exponer. Ello pudiera inducir, así viene a proclamarse cuando se habla de reducción de los Ejércitos, permitida por las nuevas Armas y elementos de combate, a pensar que este delito ha perdido o ha de perder importancia, al menos numérica, en los modernos tiempos, en razón al progreso de los medios materiales con que los Ejércitos son dotados en la actualidad.

Sin embargo, quien tal supusiera incurriría en craso error, que la más débil meditación y somero análisis ponen de manifiesto. Porque si bien las armas y medios de combate permiten la realización por un número reducido de personas de efectos incalculablemente superiores a los que toda una gran Unidad hubiera podido realizar en tiempos inmediatamente próximos, no es menos cierto que, por esa misma circunstancia, la necesidad, importancia y número de los medios personales de los Ejércitos en lucha,

ha de verse aumentada, aunque los procedimientos de desenvolver su actividad y aún la actividad misma sean ahora distintos.

Es precisamente la realidad de las nuevas armas conocidas y aún presentidas al superar todo lo humanamente presumible, en cuanto a importancia y dramatismo. Es todo este poder de los nuevos elementos materiales de combate y sus efectos, lo que hace que en momento de guerra o preparación para la misma se convierta casi toda la población en combatiente y, en infinidad de casos, en virtud de movilizaciones o militarizaciones en militares, miembros del Ejército y, por tanto, como después veremos, en *posibles y propios sujetos de desertión*.

Este aumento masivo de militares, fácil de prever para los momentos en que situaciones excepcionales, de preparación para la guerra o propiamente bélicas, harían normales los supuestos de desertión agravada, en perjuicio de sus formas simples, convierten en imperiosa exigencia el cuidar la regulación del delito de desertión, para que pueda facilitar la exacta realización de la justicia penal, conforme a moldes progresivos, sin tener que forzar la ley, con violencia para los juzgadores, y sin notorias injusticias para los justiciables, cuyos efectos perniciosos son, en todo caso, de gravísima trascendencia.

V

NATURALEZA Y CARACTERES DEL DELITO DE DESERCIÓN

Lo expuesto nos permite el estudio de la naturaleza y caracteres del delito de desertión:

a) **DELITO PROPIAMENTE MILITAR.**—No corresponde a esta ocasión exponer los criterios que determinan la clasificación de los delitos en propios e impropios. Bástenos afirmar que la desertión es un delito propio militar, que ello se infiere con toda evidencia de la idea de desertión, que así se ha reconocido históricamente, con carácter permanente y universal y con acusada técnica en Roma, por lo menos a partir de cierto tiempo, pudiendo leerse en el libro XLIX, ley II del Digesto "*Militum delicta sirve admissa, aut propria sunt aut cum caeteris communia; proprium militare*

est delictum, quod quis uti miles admittit" (los delitos que cometen los militares, son *proprios* (militares) o comunes con los demás; por lo cual, su persecución (procedimiento y pena) o propia o común ha de ser. *Propio delito militar es el que se comete como militar*).

Seguidamente, con más detenimiento que otro alguno, se trata el delito de "deserción".

Es, pues, y ha sido considerado siempre el delito de deserción como delito militar propio. Principio éste del que se deducen muy importantes consecuencias, algunas de las cuales serán después objeto de examen.

b) ¿ES DELITO PERMANENTE LA DESERCIÓN?—Considérase comúnmente por la doctrina como delitos permanentes, aquellos en los que, por contraposición a los instantáneos, su resultado no se agota cuando se consuman, sino que el resultado y el ataque al interés jurídico que la ley Penal ha querido proteger subsisten hasta el momento en que se produce un nuevo hecho que interrumpe la fuerza antijurídica de tal consumación. Dicho en otros términos, *los delitos continuos o permanentes* implican persistencia en el resultado del delito durante la cual mantiene su actuación la voluntad criminal.

Los dos adjetivos de *instantáneo* y *permanente*, se refieren --según CARNELUTTI-- a la duración de la acción en comparación con la duración del hecho, queriendo significar el primero, instantáneo, que la acción puede agotarse antes que el hecho, y el segundo, permanente, por el contrario, que debe durar mientras dure el hecho.

Es de advertir que "cuando haya estatuida una duración de la acción para que el evento suceda (como la ausencia por tres días), el delito permanente puede llamarse "delito de duración".

Por consiguiente, podemos afirmar, que el delito de deserción *es permanente*, por cuanto el abandono o ausencia que constituye la acción, en que el delito consiste, continúa durante todo el tiempo y en perfecto paralelismo con el hecho o evento dañoso. Y podemos agregar, que estamos, además, por lo que se refiere a los tipos señalados del art. 370, al menos, ante un *delito de duración*, según veremos.

VI

ELEMENTOS DE LA DESERCIÓN

Recogidas ya breves ideas de carácter general, filológico, histórico y doctrinal, pasamos a estudiar los distintos elementos integrantes del delito de deserción (para hacer, al tratar de cada uno de ellos, alusión a los problemas de orden general y legislativo que pueden considerarse de mayor interés).

VII

A) SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Según el Código de Justicia Militar, arts. 370 y siguientes, hasta el 379, sólo pueden cometer el delito de deserción *los individuos de las clases de tropa o marinería, cualquiera que sea su destino, y el asimilado a las mismas clases*, cuando cometan hechos que detalladamente en tales artículos se mencionan.

Poco es preciso decir en cuanto a los individuos de las clases de tropa y marinería, y en cuanto a los *asimilados* a tales clases a que el precepto alude. Dada la amplitud con que tal asimilación habrá de otorgarse en caso de conflicto armado o preparación para el mismo, sólo agregaremos que en tales circunstancias aumentará extraordinariamente el número de sujetos de deserción, quizá con más posibilidades de serlo, en cuanto no se verían afectados por un perfecto encuadramiento en estrictas filas militares.

PERSONAL PAISANO CONTRATADO.—Alguien se ha planteado (QUE-ROL) el problema de si los obreros eventuales de los Ministerios militares, no filiados y personal paisano contratado a que alude el art. 6.º, núm. 6, del Código de Justicia Militar, para atribuir el conocimiento a la Jurisdicción de los Ejércitos de los procedimientos que contra los mismos se instruyan “como motivo u ocasión del servicio o trabajo que presten, podrían ser sujetos propiamente dichos de este delito. Para nosotros tal problema no existe mientras no se decrete por el Gobierno su movilización o militari-

zación, con cualquier asimilación o consideración (art. 13, número 1.º, párrafo 5.º, paisanos movilizados o militarizados), o así se disponga en los bandos que dicten las Autoridades o Jefes militares con arreglo a sus facultades (art. 6.º, núm. 7.º), porque se trata de un delito propiamente militar, y sólo los que tienen consideración de militar pueden cometerlo.

En cambio, resulta evidente que en caso de militarización todos los comprendidos en la misma pueden ser sujetos y deben serlo de los delitos de abandono de destino o del de desertión, según la categoría que, respectivamente, se les atribuya, siendo de suponer, además, que así lo señalen de manera expresa las disposiciones en que tal militarización se acuerde. Entenderlo de otro modo privaría a la militarización de eficacia, al dejar a la voluntad de los militarizados la posibilidad de rehuir los efectos perseguidos sustrayéndose a la continuación de los servicios que venían prestando.

VIII

B) ¿ES JUSTIFICADA LA EXCLUSIÓN DE LOS OFICIALES COMO POSIBLES SUJETOS DE DESERCIÓN?

A nuestro juicio no existe razón alguna objetiva, a no ser el hábito, de tal exclusión.

La desertión había perdido su técnica y contenido propio a través de los tiempos, debido a lo cual pudo el legislador militar de 1884, decir en su exposición de motivos: "*se introduce la desertión del Oficial*, llenando con esto un vacío que se notaba en nuestras leyes militares y atendiendo a que por lo mismo que el servicio constituye para él una carrera que es dueño de aceptar o no, parece más responsable que el soldado si la abandona, sin estar desligado de sus compromisos de honor".

Comenta DEVENA que aunque el Código de referencia "sujetaba el abandono de destino o residencia del Oficial al *nomen iuris* de la desertión y lo incluía en el capítulo de ésta, configuraba el delito de manera distinta que para los individuos de la clase de tropa. El acierto de aquel Código —continúa— estribaba en haber vislumbrado el paralelismo entre la desertión y el abandono de

destino o residencia. Pero es indudable, agrega, que al Oficial ha de exigírsele más rigurosamente el cumplimiento del deber elemental de permanencia en el servicio, el cual ha asumido voluntariamente, y ha de añadirse que el abandono cometido por el Oficial tiene más graves consecuencias y repercusiones que el realizado por un individuo de las clases de tropa. Por consiguiente —concluye—, no está indicado el mismo tratamiento penal para éstos que para aquéllos. El paralelismo no debe conducir a una identificación, como sucede en algún Código, verbigracia, el francés, porque las penas del abandono de destino o residencia han de ser más graves que la de la deserción.

Puede asentirse a las afirmaciones abstractas, pero de ninguna manera a las conclusiones, pues, si el paralelismo entre lo que llamamos deserción y abandono de servicio se da realmente, como se reconoce, por ser idéntico su contenido de hecho o *substratum* fáctico, no se ve la razón de darles nombre distinto y regularlos separadamente, ni puede ser inconveniente en buena política legislativa que en algunos casos la deserción del Oficial (o el abandono de destino como ahora siguiendo nuestro Código llamamos) exija mayores penas; pues el mismo *Code de Justice Militaire* que se cita atiende a tal exigencia, verbigracia, cuando en su artículo 195 al tipificar la deserción al extranjero la pena para el militar (en general), o asimilado de dos a cinco años de prisión (párrafo 4.º), recogiendo seguidamente (en el 5.º) que si el culpable es Oficial será sancionado con la pena de reclusión, añadiendo que en el caso de que por admitirse circunstancias atenuantes sólo se imponga al Oficial una pena de prisión, sufrirá además la de destitución. Otro tanto sucede con la deserción en el interior y tiempo de paz, al frente del enemigo, etc., sin que veamos inconveniente alguno en que así se haga. Criterio que, por lo demás, es seguido también en el *Codice Penale Militare di Pace* (arts. 148 y siguientes) y *Codice Penale Militare di Guerra*, y aún por el Código Marcial de los Estados Unidos, ya que en todos ellos se regula la deserción considerando como sujeto de la misma *el militar en su amplio sentido, sin perjuicio de establecer las circunstancias de agravación que, en cada caso, estiman conveniente*.

En conclusión, estimamos que el abandono por un militar del lugar de su destino, o filas donde presta el servicio, debe siempre

constituir delito de deserción, por ser siempre análogo el contenido de la conducta que se sanciona y sin perjuicio, naturalmente, de establecer las diferenciaciones que las circunstancias del hecho o de las personas puedan exigir.

El Código de 1884, DEVESA, QUEROL y otros insisten, según dejamos señalado, en el *carácter profesional* del Oficial, pero sin considerar que en el momento actual no sean profesionales los de complemento, y que sí lo son individuos de las clases de tropa, dentro del Ejército y en los Cuerpos militarmente organizados como la Guardia Civil.

¿No es elocuente que hayan pasado los Suboficiales de sujetos de la deserción a serlo del abandono de destino, sin que se altere en nada la regulación de ambos delitos? Tal distinción, concluimos, entre la deserción y el abandono, es en nuestro Código artificiosa, no responde a exigencias teóricas ni prácticas y debe desaparecer.

IX

LA ACCIÓN DELICTIVA Y SUS ESPECIES

Al estudiar el sujeto de la deserción hemos establecido que el supuesto normal de tal delito es el de que el presunto desertor *se halle sujeto al servicio militar* y, menos normal, que se halle movilizado, militarizado o con consideración militar; en el primer supuesto resulta indiferente que el sujeto se encuentre prestando servicio activo en filas o pertenezca a la reserva, si bien en este último supuesto el abandono del servicio militar sólo puede producirse por su no incorporación cuando fuese movilizado legalmente, de donde derivan las dos especies básicas en el delito de deserción de que después se hablará.

Ambos supuestos, el abandono de filas o no incorporación o presentación a las mismas, son recogidos en el art. 370 de nuestro Código de Justicia Militar, al establecer:

“Comete el delito de deserción el individuo de las clases de Tropa o Marinería, cualquiera que sea su destino, y el asimilado a las mismas Clases, en los casos siguientes:

1.º Cuando *faltare* a la Unidad de su destino o lugar

de su residencia por *más de tres días* consecutivos, los cuales se considerarán transcurridos pasadas las tres noches desde que se produjo la ausencia.

2.º Cuando hallándose con *licencia temporal* o ilimitada, o en marcha de un punto a otro, no se presentare a sus Jefes en el lugar de su destino o a la Autoridad Militar que corresponda o que exista, o, en su defecto, se ponga a disposición de la Consular, después de transcurridos tres días contados desde aquel en que deba hacer su presentación.

3.º Cuando al *recobrar su libertad* como prisionero de guerra deje de presentarse a las Autoridades competentes en el plazo de diez días, si se hallare en territorio nacional. Si se hallare en el extranjero, se considerará desertor a los diez días de no haber utilizado cualquier medio que tuviere a su alcance para regresar a su Patria o ponerse a disposición de la Autoridad Consular.

4.º Cuando *llamado al servicio*, como perteneciente a las reservas, dejare de presentarse en el tiempo y lugar que señale la orden de concentración. Si ésta no lo fijare, la presentación habrá de verificarse en el plazo de diez días desde que se publique la expresada orden y ante la Autoridad Consular más próxima, si el reservista estuviese en el extranjero; y en el plazo de tres días, ante la Autoridad local o militar más inmediata si residiere en territorio nacional."

De los cuatro casos del art. 370 el primero puede contraponerse a los restantes. Sólo en el primero se da un abandono de Bandera. En los tres restantes es nota común la no incorporación del sujeto a su Unidad, de la que se encuentra ausente con la debida autorización o forzosamente (en el caso del prisionero), en el momento de cometer la desertión.

La diferente situación de arranque a que se deja hecho mérito da lugar a otra diversidad digna de tenerse en cuenta, pues mientras en el supuesto del caso primero nos hallamos en presencia de un delito de acción, los tres restantes lo son de omisión o comisión por omisión.

Con referencia a estos tipos, haremos una aclaración que vale, con carácter general, para otros supuestos en que se señala la

ausencia constitutiva del delito en días, y es que las noches han de entenderse, según establece el art. 7.º del Código civil, “desde que se pone hasta que sale el sol”.

Los plazos dicen del tiempo en que debe normalmente presentarse, ya veremos como sobre ellos juega la intención.

X

TIPOS CUALIFICADOS

Al lado de los supuestos que considera el art. 370 del Código, en los arts. 371 y siguientes se señalan una serie de cualificaciones que poseen el común efecto de aumentar la responsabilidad criminal del desertor y congruentemente la pena establecida para los casos, que se reputan normales, del art. 370.

Bien es verdad que el Código, siguiendo la tradición de los Cuerpos legales anteriores, sólo llama expresamente calificativas a las que enumera en el art. 371, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 371.—Son circunstancias calificativas de la desertión:

- 1.º El escalamiento o la violencia.
- 2.º Llevarse armas, elementos u objetos que se hubieren recibido para su uso o empleo en el servicio y que no constituyan parte del uniforme reglamentario que deba usarse fuera de los actos del servicio.
- 3.º Valerse de nombre supuesto o de disfraz o tomar expresamente embarcación o aeronave del Estado para cometer la desertión.
- 4.º Hallarse sufriendo arresto o prisión preventiva.
- 5.º Entrar al servicio de un barco mercante nacional cuando el desertor pertenezca a la Marina de Guerra.

No obstante, es lo cierto que lo mismo la circunstancia que en el 371 se menciona que las del 374 (al extranjero con circunstancias calificativas o sin ellas), 375 (frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, cuando no constituya traición del 258, núm. 12), 376

(durante las faenas que fuesen consecuencia de un naufragio o suceso peligroso para la seguridad del buque, aeronave o máquina de guerra en que tuviere su destino, o en ocasiones en que causa grave perturbación al servicio) y 378 (deserción sediciosa) tienen el único efecto antes señalado de aumentar la responsabilidad criminal y penal.

XI

TIPO PRIVILEGIADO

Puede considerarse como tal el previsto en el art. 431 del Código de Justicia Militar, que dispone:

"Art. 431.—El que hubiere cometido deserción conforme al art. 370, por primera vez, en territorio nacional o de protectorado o colonias y tiempo de paz, y se presentase a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a su consumación, será corregido, como autor de falta grave, con arresto militar de duración proporcionada al tiempo de la ausencia.

Caso de ser detenido aún dentro de ese plazo, se le juzgará según el art. 370."

Y el del art. 377 que dispone: "El militar o marino que quedare en tierra injustificadamente a la salida de su aeronave o buque, y se presentare antes de terminar el plazo señalado para la deserción sufrirá la pena:

1.º De uno a cuatro años de prisión militar en *tiempo de guerra* cualquiera que sea el lugar en que quedare.

2.º De seis meses y un día a un año de igual pena si se quedase en *territorio extranjero en tiempo de paz."*

Y la *falta grave* prevista en el art. 439, núm. 6.º conforme al cual lo es: "*Quedarse en tierra sin causa legítima a la salida de su buque a la mar; o de la aeronave, en tiempo de paz y territorio nacional, presentándose antes de terminar el plazo señalado para la deserción*".

En relación con estos tres casos, es de tener en cuenta que:

a) En el primero se dan todos los requisitos exigidos por el

artículo 370 y, sin embargo, teniendo en cuenta que es la primera deserción: dentro del territorio nacional y la presentación dentro de los quince días, el hecho se reduce a falta.

b) Que en el segundo, por el contrario, se acoge un caso que no podría reputarse como deserción por faltar el transcurso de tres días, que se exige por el art. 370 y no darse ninguno de los supuestos que constituyen agravación y pueden reputarse de deserción instantánea; y

c) El tercero tampoco puede considerarse como verdadera deserción, sino como un caso claro de ausencia no autorizada.

XII

CULPABILIDAD

He aquí un problema muy discutido por lo que a la deserción se refiere, y discutible en cuanto a la normativa establecida en nuestro Código, por su completa ausencia de técnica al considerar este delito, que ha dado lugar a las opiniones y aun resoluciones más contradictorias por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Se rompió hace mucho tiempo, por lo que a nuestra Patria se refiere, con los principios establecidos por el Derecho romano, hasta llegar al olvido total de tales principios que por su perfecta regulación debieron y deben considerarse actualmente como base.

Vimos al principio de esta exposición que en el Derecho romano la deserción implicaba siempre el *animus deserendi exercitum* y que si el tiempo o circunstancias del abandono jugaba era como indicio de tal *animus*, sin el cual nunca podía afirmarse la existencia de un “desertor”, sino de un “emansor”.

Muy por el contrario, con referencia a nuestro sistema legislativo, se ha podido afirmar que se basa en el francés “modelo de defectuosa técnica por cuanto en él se abandona la intención de sustraerse al servicio militar, sustituyéndola por módulos estrictamente objetivos, que naturalmente conducen a una exuberante proliferación legislativa en el afán de no omitir ningún supuesto que se reputa digno de ser castigado como deserción”; que nuestro “Código sigue un criterio objetivista, consistente en exigir el trans-

curso de determinados plazos, pasados los cuales se considera consumada la deserción, *sin necesidad de indagar la intención culpable*, ni aun cuando la intención del que deserta no sea evidentemente la de sustraerse al servicio de las armas (verbigracia, si la ausencia es debida a la enfermedad grave de un allegado u otras causas): que *el tiempo que señala el art. 370 o los que se marquen por el Gobierno o en los bandos de las Autoridades militares en los casos previstos en el art. 379, no necesita ser captado por el dolo del autor*", etc.

Tales conclusiones las estimamos sencillamente alarmantes. No puede darse, evidentemente, el mismo tratamiento penal al que comprendido en el art. 370 se ausenta con la intención de abandonar definitivamente las filas del Ejército, revelada por actos directos e inconcisos, que a aquel otro que después de solicitar un permiso (acaso justificadamente), verbigracia, para asistir a la enfermedad grave o fallecimiento de un próximo allegado que se le negó, se ausenta por unos días con el probado deseo de reintegrarse al cumplimiento del servicio militar a que viene obligado. Tal equiparación no está justificada en manera alguna por principios utilitarios, defensistas ni de otro orden. La gravedad del ataque a la institución armada, a sus fines, a sus medios personales, es en cada uno de estos casos muy distinto. Por ello, ha resultado en muchos casos difícil sustraerse a los dictados de la humana conciencia y se han dado resoluciones contradictorias en la aplicación de preceptos tan extremadamente formales que regulan la deserción sustituyendo la intención de sustraerse al servicio militar, elemento subjetivo que debió estimarse insustituible, por una serie de plazos, cuya razón no puede ser otra que la de constituir una *presumptio juris tantum* de tal intención.

XIII

DERECHO COMPARADO

El criterio aceptado por nuestro Código está en franca oposición con el seguido por otros, que sólo con reserva pueden llamarse progresivos, invención de lo hace siglos inventado, en los que

se distingue plenamente entre la ausencia sin autorización bastante (ausencia injustificada) y la deserción, según vamos a ver:

a) *En Suiza* se comete deserción cuando con la *intención de sustraerse al servicio militar*, el sujeto no obedece una orden de movilización (art. 81), o abandona su Unidad o destino, o no se incorpora nunca después del permiso regularmente concedido (artículo 83), la misma conducta realizada *sin la referida intención* (artículos 82 y 84) integra la ausencia no autorizada.

b) *En el Código penal alemán* de 1940, párrafo 69, se dice que comete deserción el que *con la intención de sustraerse al servicio del Ejército permanentemente*, o para concluir su relación de servicio abandona su Unidad o destino y se mantiene alejado de él; la *ausencia no autorizada* consistía en dicho Código en abandonar la Unidad o destino sin autorización o permanecer alejado de él y dolosa o culposamente estar ausente más de tres días o un día en campaña (párrafo 64).

c) Por último, el *Código Marcial de los Estados Unidos* en su art. 85 establece que comete deserción "todo miembro de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos que: 1.º Sin la autorización debida se ausenta de su destino, Unidad o lugar de servicio *con intención de permanecer fuera permanentemente*. 2.º Deja su Unidad, organización o lugar de servicio *con intención de eludir un servicio peligroso o importante*. 3.º Sin estar regularmente separado de una de las Fuerzas Armadas se alista en otra cualquiera de las Fuerzas Armadas sin exponer el hecho de que no ha sido regularmente separado de la primera, o se alista en un servicio armado extranjero, excepto cuando esté autorizado por los Estados Unidos.

Por el art. 85, b), se dispone que: "todo Oficial de las Fuerzas Armadas que habiendo presentado su renuncia y antes de la oportuna noticia de la aceptación de la misma deja su puesto, deberes o funciones sin permiso y *con intención de permanecer alejado permanentemente, es culpable de deserción*".

Más aún, en el Manual para aplicación del citado Código se nos afirma que "la ausencia sin autorización y la *intención de permanecer fuera definitivamente son elementos esenciales de la infracción*" y que ésta "se consuma cuando la persona se ausenta sin autorización del lugar de su destino, organización, etc., *con la*

intención de ausentarse permanentemente"; que "un pronto arrepentimiento y retorno puede constituir atenuante, pero no excusa; el propósito de retorno en el caso de que acontezca en el futuro un suceso particular, *pero incierto* puede ser considerado como intento de ausencia definitiva"; que si una persona se alista o acepta un alistamiento en otra Unidad de la misma o distintas Fuerzas Armadas y deserta también en ella, es culpable de dos deserciones; se establece la presunción de abandono definitivo en el caso de larga ausencia no justificada, pero también se afirma que *un simple indicio no es suficiente para establecer la presunción de intención de desertar*, con carácter definitivo, a no ser que sea avalado por una *larga ausencia injustificada* o por otras circunstancias, de las cuales se puede inferir la intención de desertar. Diferencia que puede deducirse de la evidencia de que el acusado intentó disponer de su uniforme o de otra propiedad militar; adquirió billete para un punto distante o fué arrestado a considerable distancia de su puesto; que estaba descontento en su Compañía o en su barco o en el servicio militar, que había hecho comentarios de desertar del servicio; que estaba sometido a un proceso o había escapado de un confinamiento al tiempo que se ausentó, o que previamente al ausentarse robó dinero, vestidos civiles u otra propiedad que le ayudaría a escapar".

Por el contrario, la evidencia de un servicio anterior excelente y largo, que ninguna de las prendas del acusado se había sacado de su armario, que estaba bajo la influencia del licor o de drogas tóxicas cuando se ausentó y que continuó por algún tiempo bajo su influencia, y evidencias semejantes pueden ser consideradas como *base para una inferencia contraria*.

XIV

LA AUSENCIA SIN PERMISO

También aparece en el Código Uniforme de Justicia Militar americano nítidamente configurada en su art. 86, al disponer: "Todo miembro de las Fuerzas Armadas que sin la debida autorización:

- 1.º No concurra a su destino asignado en el tiempo fijado.

2.º Se ausenta de ese lugar

3.º Se ausenta o permanece ausente de su Unidad, dependencia u otro lugar de servicio en el cual debe estar en el tiempo fijado; será castigado según establezca una Corte marcial”.

Es decir, que del texto transcrito y según en el correspondiente Manual se aclara, la ausencia sin permiso “no implica intención específica alguna con carácter necesario, “a no ser” para establecer la afirmación de ciertas formas agravadas de ausencia. Así, si se alega que una ausencia sin permiso fué con *intención* de evitar maniobras o ejercicios de campo, tiene que probarse que el acusado se ausentó sin permiso con el propósito de evitar su participación en tales maniobras”.

Se señala, además, que “el estado de ausencia sin permiso no cambia (se entiende que para convertirse en deserción) porque se dé la imposibilidad de volver, a causa de enfermedad, dificultades de transporte, etc. Sin embargo, el tribunal podrá valorar tal circunstancia”; y “en caso de ausencia con permiso, el no volver al final de la misma por fuerza mayor no constituye falta de ausencia sin permiso”.

Prescindiendo de la distinta forma y técnica legislativa entre los países europeos y los sajones, que no es de esta oportunidad señalar ni criticar, sí hemos de manifestar la extrañeza padecida al comprobar que, determinadas las puras esencias del elemento interno, volitivo, o dolo, del delito de deserción en el Derecho romano, que aparecen recogidas de manera acabada en las legislaciones suiza, alemana y sajona, sean precisamente los países latinos, y entre ellos España, los que han perdido de vista principios tan esenciales en el aspecto dogmático penal y aun jurídico militar, pues el ejercicio y realización de la justicia dentro del Ejército de la manera más perfecta posible, ha de considerarse como *un medio poderoso para el cumplimiento de los demás fines de esta Institución*.

XV

GRAVEDAD DEL CRITERIO OBJETIVO SEGUIDO EN NUESTRO CÓDIGO
Y SUS CONSECUENCIAS PENALES

a) EN EL TIPO GENERAL.—Para que se vea la gravedad de la postura en que nuestro Código se coloca, y la necesidad de interpretarle y aplicarle con el mayor cuidado y espíritu de equidad, insistimos en las siguientes palabras de un ilustre jurista cuando dice que “el tiempo que señala el art. 370 (los tres días necesarios para consumar la deserción) o los que se marquen por el Gobierno o en los Bandos de las Autoridades militares en los casos previstos en el art. 370, no necesita ser captado por el dolo del autor”; que “la intención del sujeto ha de ser estar ausente” y que “no es necesaria la intención de sustraerse permanentemente al servicio militar”.

La consecuencia obligada de todo ello sería que el que falte, siendo individuo de las clases de tropa o marinería, de la Unidad de su destino, por más de tres días consecutivos... y aunque su intención fuera el inmediato regreso después de atender a un motivo familiar, sentimental, etc., sería reo de deserción y debe castigársele con la pena de seis meses y un día a dos años en tiempo de paz, y de dos a seis años en tiempo de guerra y una vez extinguida aquélla pasará a Cuerpo de disciplina a cumplir el tiempo que le reste del servicio en filas; mientras por el contrario, el que con ánimo definitivo de abandono de filas se ausentara de su Unidad, siendo forzosamente conducido a la misma antes de transcurrir el expresado plazo de tres días, no sería reo de delito de deserción, sino responsable de una falta leve o, si acaso, grave.

b) EN LAS DESERCCIONES CALIFICADAS.—Pudiera parecer que tan absurdas consecuencias provenían de ser elemento determinante de los tipos de deserción señalada en el art. 370 del Código de Justicia Militar la falta o ausencia *por más de tres días consecutivos* y que no se llegaría a conclusiones tan absurdas con las formas de deserción calificada, que comprende el art. 371, deserciones en paz o en guerra, calificadas o no, al extranjero.

Sin embargo, a tal criterio opondríamos las siguientes razones:

1.º Ser la menos discutible, dada su redacción, que el art. 371 prescinda del elemento tiempo, a que nos referimos. Ya que siendo su párrafo primero del tenor literal siguiente: *Son circunstancias calificativas de la deserción...*, citando a continuación las cuatro antes señaladas, parece dar por supuesto, que se dan los elementos necesarios de la deserción simple y al tipificarse ésta en el artículo inmediato anterior se ha exigido la ausencia durante tres días consecutivos.

2.º Que aun aceptando, conforme lo hizo el Consejo Supremo de Justicia Militar en su sentencia de 7 de mayo de 1941, que la concurrencia de circunstancias calificativas (todas o algunas de ellas. Se trataba de violencia de puertas o ventanas) *determina la consumación de la deserción aunque sólo transcurrieren unas horas entre la fuga y la aprehensión*, resultaría que la mera concurrencia de cualquiera de tales circunstancias (verbigracia, salir del cuartel mediante escalamiento (c. 1.º); llevar armas, elementos u objetos que se hubieren recibido para su uso o empleo en el servicio que no constituyan parte del uniforme reglamentario que deba usarse fuera de los actos del servicio (c. 2.º); valerse de nombre supuesto (c. 3.º), etc.), constituirían, ya de suyo, si es que la intención no habría de jugar, deserción calificada. Pues no sería necesario la investigación del dolo ni el transcurso de los tres días.

Bien es verdad que en algunos de los casos del art. 371 ha resultado, imposible prescindir del dolo específico al redactarlo, por ejemplo: cuando se habla en la circunstancia 3.º de *tomar expresamente* embarcación o aeronave del Estado para cometer la deserción (difícilmente de determinar si de la intención prescindíamos); y cuando en la 5.º se habla de entrar al servicio de un barco mercante nacional, cuando el desertor pertenezca a la Marina de Guerra, lo que se hace es sentar una presunción cierta de la intención de abandonar el servicio.

Piénsese si se prescinde de la intención, a las graves injusticias a que podría conducir la deserción frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos (art. 375), si es que a la vez se prescindiera del plazo de los tres días, pues la más breve ausencia convertiría, sin más, en posible destinatario de tal pena (reclusión militar a muerte).

En cuanto al art. 377, que se refiere al militar o marino que se quedase en tierra injustificadamente a la salida de su aeronave o buque, y se presentase antes de terminar el plazo para la deserción. Forma atenuada según antes dijimos, lo que se hace es *sentar la presunción de que no tuvo intención de deserción*, pero con el contrasentido de admitir, a su vez, esa intención, puesto que se le considera reo de deserción y se le imponen penas que alcanzan los cuatro años de prisión militar; cuando si la intención no existiera podría ser responsable de una falta distinta, de lo que nosotros llamaríamos una ausencia injustificada o no autorizada.

Lo expuesto, pone de relieve, bien claramente, las complicaciones y dificultades, el verdadero laberinto, que supone tan inadecuada normativa del delito de deserción, por lo que prescindimos de otros comentarios y críticas que nos parecen innecesarias e imposibles de agotar en el espacio de que disponemos.

PENALIDAD.—Nos limitaremos a señalar que en la reforma de 1945 se han suprimido correctivos de recargo en el servicio que antes se aplicaban a la falta grave de la primera deserción en tiempo de paz, sustituyéndola por penas privativas de libertad, únicas que con la de muerte se imponen. El señalamiento de los límites de la pena según la exposición de motivos —pena de privación de libertad o muerte, según los casos— se realiza tomando en consideración la situación de tiempo de paz o de guerra en que la deserción se cometa, y la concurrencia o no de circunstancias calificativas.

Otra novedad introducida en la reforma de 1945, recogiendo las experiencias de la pasada Guerra de Liberación, es la comprendida en el art. 381, conforme al cual:

“Art. 381.—Los condenados por delitos comprendidos en este capítulo, cometidos en tiempo de guerra, cumplirán la pena durante la Campaña, prestando servicio en funciones penosas, y si al terminar aquélla no la hubieren extinguido, cumplirán la que les reste en el establecimiento penitenciario que corresponda.

Este precepto será también aplicable a los militares condenados por inducción, auxilio o encubrimiento de la deserción en tiempo de guerra.

Esta modalidad (según RODRÍGUEZ DE VESA) de cumplimiento de las penas privativas de libertad, deja subsistente la naturaleza de la sanción, que habrá de abonarse como si se cumpliera en un establecimiento penitenciario, de manera que producirá la pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad prevenida en el art. 229, para los individuos de las clases de tropa y Marinería condenados a penas de prisión o reclusión.

GRADOS DE EJECUCIÓN EN EL DELITO DE DESERCIÓN.—La solución vendrá determinada por la atribución al delito del carácter de delito de resultado o de simple actividad.

Para unos, la deserción es un delito de resultados (ERISSOM). Este sería el “separarse” del servicio militar (delito de estado) o el “mantenerse separado” del servicio (delito permanente). En tal hipótesis son posibles las formas o grados imperfectos, tanto la tentativa como el delito frustrado.

Generalmente, para los intérpretes y comentaristas de nuestro Código de Justicia Militar, la deserción es un delito de *simple actividad*, en el que el transcurso de los plazos que la ley previene es una *condición objetiva de punibilidad* y, claro está, que para los que tal afirman, la deserción *sólo es posible en grado de consumación, por no existir término medio entre ella y la no comisión del delito*. Así ha podido afirmarse, en relación con nuestro Código, que “desde el momento que se produce la ausencia que la ley previene, el delito se consuma; en tanto no se cumplan los plazos establecidos por el Código o por el Gobierno o Autoridades militares, en su caso, la deserción no existe. Las ausencias no autorizadas por tiempo inferior al apuntado, constituyen infracciones disciplinarias (el art. 443 del Código sanciona como falta leve el ausentarse por tiempo que no llegue a constituir otra falta o delito)” (RODRÍGUEZ DE VESA).

Para nosotros tal afirmación sería de validez limitada a los casos que contrariando la naturaleza del delito tipifica el legislador en el art. 370, como delito de duración, pero según tenemos afirmado la deserción es un delito permanente y, por tanto, de resultado en el que caben formas imperfectas de ejecución. Más aún, estimamos que para aplicar justamente nuestro Código hay que reconocerlo así, de acuerdo con la verdadera naturaleza del delito.

El resultado de cuanto venimos exponiendo nos lo ponen de manifiesto dos sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar, concretamente de 7 de mayo de 1947 y 8 de octubre de 1948. (Consejo Supremo de Justicia Militar. Se trata en ambos casos de desertión con escalamiento.)

“Comete este delito en *grado de frustración* el soldado que encontrándose en situación de prisión preventiva en los calabozos de un cuartel, de acuerdo con otro soldado que se hallaba en la misma situación, se evaden por una *abertura previamente practicada al efecto en el techo y tejado* del referido departamento y burlando la guardia de prevención salen a la calle y se dirigen a la casa de un tercer soldado, ya prevenido por estar concertado con ellos, donde se prevén de ropas de paisano, dándose a la fuga ante la proximidad de la Fuerza Pública que los buscaba y siendo detenidos a los pocos momentos. Es consumado para el otro soldado que tardó en ser detenido seis días” (s. 8-10-48). “Esta circunstancia calificativa determina la consumación de la desertión, aunque sólo transcurriesen unas horas entre la fuga y la aprehensión” (s. 7-5-47).

PARTICIPACIÓN.—Dice MEZGER que son delitos propios, él los denomina especiales, aquellos “en los que la posibilidad de ser autor está limitada a un determinado círculo de personas...; los que pertenecen al círculo de personas en cuestión son *personas cualificadas (intranei)*; los que están fuera de dicho círculo son *personas no cualificadas (estranei)*. A los no cualificados les falta, en tanto en cuanto venga en cuestión, su *autoria*, la antijuridicidad *típica*, y, por tanto, no es posible su castigo como autores; pero esto no excluye el que pueda ser procedente una de las posibilidades de punibilidad restringida” (instigación y complicidad). Tesis que se contrapone a la de NACLER, que fundamenta tal conclusión en el hecho de que en estos casos el destinatario de la norma jurídica aparece personalmente delimitado. Esto no es cierto —replica MEZGER—, pues también aquí se dirige la “norma sin destinatario” a todos: Nadie debe cooperar a que un funcionario, militar, etcétera, realice este o aquel acto objetivamente injusto... (de hecho, la ley, no puede querer dejar impune toda cooperación de un no cualificado en un delito especial).

En virtud de lo expuesto, de no existir precepto especial que

a ello se oponga, que si existe en el caso de deserción, el castigo de los copartícipes se ajustaría a las reglas generales en la materia. Pero el Código de Justicia Militar español, en su art. 380, entre los distintos criterios posibles, siguió el de otorgar a la participación en la deserción, bajo las formas de inducción, auxilio y encubrimiento, rango de delito independiente o típico al disponer:

“Art. 380.—El que induzca a la deserción, aun cuando ésta no tuviere lugar, será castigado con la misma pena que el desertor en los respectivos casos. Si el tribunal apreciase que existe contumacia en la inducción, podría imponer al inductor la pena superior.

El que auxilie la deserción o la encubra será castigado con la pena inferior, a no ser que se trate de las personas que señala el art. 200, las cuales estarán exentas de pena como encubridores.

Cuando algún paisano incurra en las responsabilidades de este artículo, se le impondrá igual pena privativa de libertad de naturaleza común.”

Sólo haremos unos breves comentarios a tal precepto.

a) Que si se compara el art. 380 con el 196 que expresa las clases de autoría se han eliminado la participación directa en la ejecución del hecho (núm. 1.º) y al forzar directamente a ejecutarlo (núm. 2.º); explicable, por cuanto la deserción es un delito de los llamados de *propia mano*, en los que tales formas no caben, ya que (como dice RODRÍGUEZ DE VESA) el que toma parte directamente en la deserción, o ha de ser también desertor, o limitarse a prestar un simple auxilio, y no cabe el forzar a otro a la deserción materialmente, por ejemplo, impidiéndole físicamente presentarse o secuestrándole, ya que en tales casos no habría deserción.

b) Se alude en el art. 380 la denominación de cooperadores y la de cómplices para sustituirla por el de auxilio, dentro de la cual se comprende tanto el supuesto del núm. 3.º del art. 196, como los del art. 198.

c) Que al disponer el párrafo 3.º del art. 380 que en los casos

que él previene si se tratare de paisano se le impondrá pena privativa de libertad de naturaleza común, deberá entenderse hecha la remisión a la escala correspondiente del art. 209 del Código castrense y no al Código penal común (art. 27), en cuanto esto no se dispuso expresamente.

PRESCRIPCIÓN DE LA DESERCIÓN.—En nuestro Derecho histórico existía el principio de que la deserción no prescribía, criterio con el que rompió el Código penal de 1884, en términos reproducidos por el de 1890, art. 217, según el cual:

“La acción penal y la pena por el delito de deserción, prescriben cuando el desertor hubiese cumplido cincuenta años de edad, o contraído inutilidad física para todo servicio de armas o mecánicos en el Ejército.

En todo caso, el desertor no podrá permanecer en el servicio después de cumplida dicha edad.”

El vigente Código español de 1945 no recoge precepto alguno especial, pues ha prescindido del art. 217 del Código de 1890.

¿Desde cuándo, pues, debe contarse el plazo ordinario de aplicación que resulte adecuado conforme a lo dispuesto en el tratado II, título IV, capítulo I del vigente Código?

Para nosotros la solución viene impuesta por la naturaleza del delito de deserción, que hemos calificado de *resultado permanente* por lo que subsisten la acción antijurídica y el evento o resultado dañoso no puede iniciarse el plazo de prescripción hasta tanto en que el desertor deje de estar obligado a prestar el servicio militar (por edad, inutilidad física, pérdida de la nacionalidad española, disposiciones sobre reclutamiento, etc.).

Es más, no estamos conformes con DEVEZA cuando afirma que configurando nuestro Código la deserción como delito de simple actividad el plazo comienza a correr el día que la deserción se consuma. No basta a nuestro juicio, aunque se hagan todas las concesiones imaginables al objetivismo inspirador del Código de Justicia Militar, interpretar que, aun dentro de él, no es la deserción delito permanente: será delito de duración en los casos en que se exigen los tres días, pero ello no quiere decir que la acción que lo origina no subsista en perfecto paralelismo y adecuación con el evento o resultado punible, según dijimos al calificarla de permanente.

Buena prueba de lo que exponemos es que en casos sobre aplicación de indultos, el Consejo Supremo de Justicia Militar no lo estimó procedente por no haberse presentado ni sido aprehendido el desertor antes de la fecha hasta que el indulto comprendía.

CONCLUSIONES

1.º El Código de Justicia Militar parte de un concepto falso de la desertión al pretender configurarla con carácter objetivista, prescindiendo de la intención o *animus deserendi*.

2.º Decimos en la conclusión precedente que *pretende* el Código prescindir de la intención, porque la verdad es que no lo consigue por imperativo de la naturaleza de dicho delito.

3.º En consecuencia de lo que antecede, la regulación del Código incurre en gran anarquía legislativa, que hace complicadísima su aplicación, según lo demuestra la propia jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar.

4.º No es acertado, ni se ajusta a buenos principios de política y técnica legislativa la separación que el Código castrense mantiene entre el delito de desertión y el de abandono de servicio.

5.º Es inaceptable, y dificulta la aplicación de las normas sobre desertión del Código de Justicia Militar, el no haber sabido distinguir éste, entre la propia desertión y la ausencia injustificada o no autorizada, cuya distinta naturaleza y peligro debió irradiarlas a capítulos separados.

6.º Por último, la regulación de la desertión que proponemos debiera basarse en los principios sentados en Roma y hoy mantenidos en los Códigos suizo, alemán y norteamericano.