

LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS MILITARES DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA

Luis Miguez Macho
Licenciado en Derecho

SUMARIO

I. INTRODUCCION.—II. LOS DELITOS MILITARES DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA HISTORICA: A) LAS DIFERENTES CONCEPCIONES DEL DELITO DE DESERCIÓN EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO. B) LEGISLACION ESPAÑOLA SOBRE LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA HASTA 1985. C) *ITER* LEGISLATIVO Y REGULACION INICIAL DE LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA EN EL VIGENTE CODIGO PENAL MILITAR. D) LA REFORMA DE 1991.—III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO: A) EL ESTADO DE LA CUESTION DURANTE LA VIGENCIA DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945. B) LAS REPERCUSIONES DEL CODIGO PENAL MILITAR DE 1985. C) PROPUESTA PARA UN REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTION. D) EL SIGNIFICADO DE LA REFORMA DE 1991.—IV. SUJETO ACTIVO DEL DELITO: A) LA POLÉMICA DOCTRINAL. B) INCIDENCIA DE LA REFORMA DE 1991 EN EL SUJETO ACTIVO DE LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. C) EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA.—V. ACCION TIPICA: A) INCIDENCIA DE LA REFORMA DE 1991 EN LA DESCRIPCION DE LA ACCION TIPICA DE LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. B) ELEMENTOS COMUNES DE LA ACCION TIPICA EN LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. C) EL «ÁNIMO DE SUSTRARSE PERMANENTEMENTE A SUS OBLIGACIONES MILITARES» COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO EN EL DELITO DE DESERCIÓN. D) LOS PLAZOS EN EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA.—VI. ANTIJURIDICIDAD: A) EN EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. B) EN EL DELITO DE DESERCIÓN.—VII. CULPABILIDAD: A) ELEMENTOS COMUNES DE LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE DESERCIÓN Y DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA. B) EL DOLO EN EL DELITO DE DESERCIÓN. C) EL DOLO EN EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA.—VIII. GRADOS DE EJECUCION.—IX. AUTORIA Y FORMAS DE PARTICIPACION.—X. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.—XI. PROBLEMAS CONCURSALES.—XII. PENALIDAD.—XIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de la nueva regulación de los delitos militares de deserción y de abandono de destino o residen-

cia, introducida en el Código penal militar vigente (Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 296 de 1985, de 11 de diciembre) por la Disposición adicional octava de la Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del Servicio Militar (*Boletín Oficial del Estado* número 305 de 1991, de 21 de diciembre). De esta reforma se puede destacar, antes que ninguna otra cosa, su amplio alcance, pues supone una verdadera redefinición de los delitos a los que afecta, que rompe con la inicial configuración que recibían en el Código penal militar y con toda una larga tradición legislativa. En consecuencia, no es posible limitarse a un simple análisis comparativo de la regulación vigente y la derogada, y se hace necesario estudiar de manera sistemática todos y cada uno de los elementos que la doctrina penalista suele individualizar en los delitos cuando procede a su examen científico.

Ahora bien, el propio carácter de este trabajo y la ausencia en su autor de una específica formación penalista imponen ciertos límites. Así, no se hará una presentación exhaustiva de los antecedentes históricos y del Derecho comparado, sino que se resumirán brevemente los puntos imprescindibles para hacer comprensible el resto de la exposición. De la misma forma, tampoco se abordarán en profundidad determinados aspectos a los que siguen siendo de aplicación las explicaciones desarrolladas por la doctrina a propósito de la legislación ya derogada, salvo que se trate de cuestiones controvertidas a las que se pretendan aportar nuevos puntos de vista.

El lector interesado en los temas que no reciben un tratamiento detallado puede encontrar más información sobre ellos en la bibliografía que se irá citando a lo largo de esta exposición y, en especial, en las dos obras que han sido utilizadas de manera básica: el libro del Comandante Auditor y Catedrático de Derecho mercantil Profesor Millán Garrido *El delito de deserción militar* (Ed. Bosch, Barcelona, 1983) y los capítulos sobre los delitos de abandono de destino o residencia y deserción, redactados por el Comandante Auditor García Labajo, en la obra colectiva *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por los entonces Coroneles Auditores Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante y Prieto (Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 1471 y sigs.).

Sin embargo, los textos mencionados, debido a la fecha de su publicación, no toman en consideración la reforma de 1991, que, por lo demás, aún está empezando a recibir las primeras valoraciones de la doctrina científica (véase, por ejemplo, el estudio del Catedrático de Derecho constitucional Profesor Fernández Segado «El marco constitucional. La

Jurisdicción militar: su organización y competencia», en la obra colectiva *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, en especial págs. 89 y 90). A este respecto, hemos sabido cuando redactábamos estas líneas que está próxima la aparición de un trabajo acerca de la nueva regulación de los delitos militares de desertión y de abandono de destino o residencia, al que no hemos tenido acceso, del Profesor Millán Garrido, estudio que, vista la importancia de la producción de dicho autor sobre la desertión y la influencia de sus tesis en la reforma de 1991, promete resultar del mayor interés.

Para cerrar la Introducción, es preciso dar cuenta de que este trabajo recoge en su mayor parte el texto de una ponencia presentada en la sesión ordinaria correspondiente al día 1 de febrero de 1994 del Seminario de Estudios Militares del Centro de Estudios de la Defensa Nacional, en la Universidad de Santiago de Compostela. La versión actual es el resultado de introducir en la ponencia original ciertas mejoras y ampliaciones, producto en su mayor parte de las sugerencias de los propios integrantes del Seminario. Deseamos hacer constar, por lo tanto, nuestro agradecimiento a todos los miembros del mismo y, en particular, a su Director, el Profesor Fernández Segado, que ocupa la Cátedra de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela; al Secretario, Joaquín Brage Camazano, y al Teniente Coronel Auditor y Juez Togado Militar Ramírez Sineiro, cuyas observaciones, nacidas de su experiencia profesional, nos han sido de especial utilidad.

II. LOS DELITOS MILITARES DE DESERCIÓN Y ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA HISTORICA

A) *Las diferentes concepciones de la desertión en la doctrina y en el Derecho comparado*

Para comprender los problemas que plantea y ha planteado históricamente la regulación legal de los delitos militares de desertión y de abandono de destino o residencia, se debe partir de las diferentes concepciones que se pueden encontrar en la legislación comparada y en la doctrina científica acerca de la desertión.

Así, hay dos formas básicas de configurarla a efectos penales, una subjetiva o espiritualista y otra objetiva o formalista. La primera, que sus

defensores consideran la «propia» o genuina, hace punible la conducta del militar (y por el momento no se harán más precisiones sobre qué se deba entender por «militar» aquí) que se ausenta de su unidad, destino o lugar de residencia con la específica intención subjetiva de abandonar de manera definitiva las Fuerzas Armadas, sustrayéndose permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares. La segunda, en cambio, no exige esa intención de abandono definitivo de las Fuerzas Armadas, ni ningún otro especial elemento subjetivo, sino la mera ausencia injustificada del destino durante un determinado plazo de tiempo. Existen también, al lado de las anteriores, otras concepciones que la doctrina califica de «mixtas», pues añaden a la configuración espiritualista presunciones de la existencia de la intención de desertar que la desvirtúan, objetivándola en mayor o menor medida, según sean *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

Para acabar, hay que hacer notar que el establecimiento de un tipo penal subjetivo o espiritualista de deserción no excluye la incriminación de aquellas ausencias injustificadas en las que falta el *animus deserendi* (intención de desertar), pero que se prolongan durante un plazo de tiempo que se entiende incompatible con los deberes militares, para lo cual se creará una segunda figura, ésta sí de carácter objetivo o formalista, con el *nomen iuris* de ausencia injustificada u otro similar.

En el Derecho comparado, siguen el sistema espiritualista las legislaciones anglosajonas (Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá), germánicas (Alemania, Suiza, Austria) y algunas de las del antiguo bloque soviético, aunque sobre la vigencia real de estas últimas carecemos de datos actualizados, además de otros países aislados, como Noruega o Israel. Por el contrario, el sistema formalista predomina en los países de tradición jurídica latina: concretamente, en Francia, desde donde se ha extendido al Africa francófona y a Luxemburgo, Portugal y Turquía; en Italia, aunque con peculiaridades; y en la legislación española histórica, que tiene su reflejo en la mayor parte de Hispanoamérica, donde también se detectan influencias francesas e italianas. Finalmente, se pueden encontrar formulaciones objetivas en Rumanía y Suecia. En cuanto al sistema mixto, son ejemplos del mismo las regulaciones holandesa, ecuatoriana y cubana, así como la de la antigua Yugoslavia.

Además de las obras generales sobre la deserción citadas en la Introducción, puede consultarse sobre la legislación comparada en esta materia el estudio del hoy General Consejero Togado Montull Lavilla «Contribución al estudio de la naturaleza jurídica del delito de deserción en el Derecho comparado» (*Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la*

Guerre, núm. IX-1, primer semestre de 1970, Bruselas, págs. 33 y sigs.), muy completo y detallado, aunque ya algo necesitado de actualización.

B) *Legislación española sobre la deserción y el abandono de destino o residencia hasta 1985.*

En cuanto a nuestro Derecho histórico, acoge el concepto objetivo o formalista de deserción, como se acaba de decir. Sin recurrir a antecedentes demasiado remotos, de la etapa histórica del Antiguo Régimen hay que mencionar las Ordenanzas de la Armada de 1748 (sustituidas luego por la Ordenanza Naval de 1802), la Ordenanza para el Ejército de 1768 y el Título IX del Libro XII de la Novísima Recopilación de 1805.

El sistema punitivo delimitado por estos textos legales en relación con la deserción se caracterizaba por su «rígido formalismo», según afirma el Profesor Millán Garrido, a quien seguimos en este punto (*El delito de deserción militar*, cit., pág. 10). Por otra parte, otras notas características de la regulación del delito en toda esta época, que se prolonga hasta bien entrado el siglo XIX, son su extremado casuismo y la anarquía legislativa reinante, producto de los sucesivos complementos y modificaciones de las Ordenanzas a través de múltiples decretos, órdenes y otras disposiciones.

Fracasada la unificación normativa intentada por la Real Orden de 31 de Julio de 1866, son los Códigos penales del Ejército de 1884 y de la Marina de Guerra de 1888 los que sí logran tal objetivo, aunque manteniendo los caracteres básicos de la legislación anterior. En ambos, la rúbrica genérica que acoge los tipos penales de deserción es «De los delitos contra los deberes del servicio militar». Hay que destacar también que en el Código penal de la Marina de Guerra aparece por vez primera en nuestro Derecho la distinción entre los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, que radicaba en aquel entonces en el sujeto activo y no en el bien jurídico protegido o en la acción típica: así, sólo podía ser reo de deserción el individuo de las clases de tropa o marinería (hoy categoría de tropa y marinería), mientras que el abandono de destino quedaba reservado al Oficial. Sin embargo, la diferencia de tratamiento a estos efectos entre el soldado o marinero y el Oficial tenía sus orígenes ya en las Ordenanzas del siglo XVIII, aunque ello no daba lugar en aquel entonces al nacimiento de tipos delictivos diferenciados, y resultaba, en todo caso, una originalidad de nuestro Derecho penal militar con respecto a la mayor parte de las legislaciones extranjeras.

Finalmente, la configuración del delito de desertión que se va a perpetuar en sus rasgos básicos hasta 1985 es la que diseña el Código de Justicia militar de 1890. La rúbrica del correspondiente Título del Código (el VIII) pasa a ser «Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército»; se reafirma el sistema objetivo o formalista, consagrándose además la distinción entre desertión y abandono de destino en los términos anticipados por el Código penal de la Marina de Guerra de 1888; se diferencia un tipo principal de desertión simple del tipo agravado de desertión al extranjero, y se relaciona una serie de circunstancias agravantes específicas, con simplificación de la regulación anterior; a su vez, dentro de la desertión simple se introduce la novedad de considerar falta grave (pero de naturaleza penal y no disciplinaria), y no delito, la primera desertión cometida en tiempo de paz; por último, se incrimina de manera autónoma la inducción, el auxilio y el encubrimiento de la desertión, como ya se había hecho en el Código penal del Ejército de 1884. Aparte de su casuismo, aunque atenuado en comparación con la legislación que le precede, se ha resaltado del Código penal militar de 1890 el rigor punitivo que aplica a estas figuras.

El Código de Justicia militar de 1945, que unificó la legislación penal de los tres Ejércitos, refunde las regulaciones de la desertión contenidas en los cuerpos normativos antes citados, sobre el esquema del Código de 1890 y bajo la misma rúbrica («Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército»). Además de otras modificaciones menores, es de destacar el añadido a los tres tipos de desertión simple, calificada y al extranjero, de tipos especiales (tomados de los Códigos de 1884 y 1888) agravados en función, bien de la concurrencia de determinadas circunstancias que la doctrina, y luego también el legislador, ha denominado «críticas», bien de la comisión del delito frente al enemigo. Fueron también introducidas las figuras de la incomparecencia a bordo y de la falta de incorporación a filas. El tratamiento como falta grave de la primera desertión simple en tiempo de paz permanece, pero con la reducción de su virtualidad a los supuestos en que el desertor se presenta espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación del delito. *En cuanto a la penalidad, se mantiene y aun se extrema el rigor del Código de 1890.*

C) «Iter» legislativo y regulación inicial de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia en el vigente Código penal militar

Cuando dentro del nuevo régimen político instaurado por la Constitución de 1978 se aborda la cuestión de la reforma de la Justicia militar y de la elaboración de un nuevo Código penal militar, a los trabajos preparatorios de este último llegan los ecos de una propuesta de modificación profunda y sustancial de la regulación de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, que entrañaría una ruptura total con la tradición legislativa española en la materia. No se trataría tan sólo de eliminar el casuismo que hemos visto que la caracteriza, pues ello probablemente no provocaría demasiadas disensiones, sino, sobre todo, de sustituir el concepto objetivo o formalista de la deserción por el subjetivo o espiritualista y de suprimir la diferencia de tratamiento punitivo entre el Oficial y el individuo de las clases de tropa o marinería.

Se suele mencionar al prestigioso Profesor y Coronel Auditor Rodríguez Devesa, tristemente desaparecido, como el primer defensor en España de la concepción espiritualista de la deserción, en la redacción de la voz «Deserción» dentro de la *Nueva enciclopedia jurídica* (vol. VII, Ed. Seix, Barcelona, 1955, págs. 246 y sigs.), al que luego siguió Rubio Tardío en su artículo «La deserción» (*Revista Española de Derecho Militar*, núm. 19, Madrid, 1965, págs. 15 y sigs.). Sin embargo, ha sido el Profesor Millán Garrido, a través de su tesis doctoral, dirigida por el Profesor Polaino Navarrete y luego convertida en la obra *El delito de deserción militar*, cit., quien ha estudiado más en profundidad el tema y ha desarrollado de una manera completa y sistemática la concepción espiritualista de este delito, con una crítica minuciosa de la regulación contenida en el Código de Justicia militar de 1945, entonces vigente.

En efecto, como se verá en otro lugar de este trabajo, el Profesor Millán Garrido considera que el bien jurídico que ha de proteger la existencia de un delito de deserción es el deber de prestación del servicio militar y que esto sólo se puede conseguir de un modo satisfactorio por medio de una configuración subjetiva del tipo penal. Así, la deserción en sentido propio debería aparecer netamente diferenciada del delito, éste sí de factura objetiva o formalista, de abandono de destino o residencia, pero por la presencia del específico ánimo subjetivo de querer abandonar de manera definitiva las Fuerzas Armadas y no por el carácter del sujeto activo. De esta manera, también postula la desaparición de la consideración diferenciada de los Oficiales y Suboficiales frente a los individuos de las

clases de tropa y marinería. Asimismo, trae a su favor la postura de la jurisprudencia, que no parece haber asimilado, por motivos de Justicia y de coherencia con el bien jurídico protegido, el sistema objetivo o formalista.

La mayoría de la doctrina, en cambio, no pone reparos a nuestra tradición legislativa en materia de deserción, al menos en lo referente a los dos puntos que aquí estamos resaltando. Se puede citar como uno de los autores que específicamente han defendido el sistema objetivo o formalista al General Consejero Togado Montull Lavilla, con su artículo «Contribución al estudio de la naturaleza jurídica del delito de deserción en el Derecho comparado», en el que llega a afirmar que «casi me atrevería a decir que el criterio espiritualista, pese al buen deseo que lo informa, queda reducido a un mero principio programático, como un ideal inalcanzable y, por ende, sociológicamente inválido» (*Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, cit., pág. 39), por entender que en la práctica la intención de desertar es imposible de probar y que, en consecuencia, hasta en la mayoría de los sistemas subjetivos o espiritualistas se acaba recurriendo a presunciones legales objetivadoras.

Del enfrentamiento de las dos tesis a lo largo del proceso de elaboración del nuevo Código penal militar, pues tanto el Profesor Millán Garrido como el hoy General Montull Lavilla tuvieron ocasión de participar en él, salió un texto, que llegó incluso al Senado, donde se recogía la propuesta básica del primero, es decir, la existencia del tipo subjetivo de deserción al lado del objetivo, dentro de un Capítulo titulado «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar», pero con la particularidad de que se preveía igual pena para ambos subtipos y de que seguía manteniéndose para los Oficiales y Suboficiales la figura autónoma del abandono de destino o residencia, de carácter exclusivamente formalista.

Por otra parte, esta peculiar combinación de sistemas punitivos no resultaba, a nuestro entender, demasiado acertada¹ y estaba destinada a generar graves problemas hermenéuticos a la hora de su aplicación práctica, como se podrá deducir de lo que será expuesto al estudiar el bien jurídico protegido por estos tipos penales.

Debido a su interés, reproducimos el texto del artículo tal como fue presentado en el Senado:

«Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior (el relativo al abandono de destino o residencia) que injustifi-

cadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la Autoridad Militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo su ausencia. En tiempo de guerra, se consumará la deserción a las veinticuatro horas.

El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Las mismas penas se impondrán en aquellos supuestos de ausencia injustificada en los que, aun no habiéndose cumplido los plazos señalados en el párrafo primero, la intención del militar fuera la de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus deberes castrenses»

Sin embargo, de una manera del todo sorprendente, dado que no se aportó más justificación que la consistente en que se pretendía «rebajar la pena por arrepentimiento en tiempo de paz», una enmienda, la número 158, presentada por el Grupo socialista del Senado, logró la sustitución del párrafo tercero del artículo por este otro:

«Si en tiempo de paz el desertor se presentara espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la deserción, será sancionado con la pena inferior en grado».

Así, por un lado, se restableció la coherencia interna del sistema, que, para bien o para mal, continuaría siendo puramente objetivo o formalista y no una problemática mezcla de tesis contrapuestas, pero, por otro, se introdujo una extraña atenuante específica; extraña, porque era difícil que pudiese atenuar algo, si se tiene en cuenta que el artículo 40 del Código penal militar establece taxativamente en su párrafo primero que «la pena... inferior en grado se determinará... partiendo del grado mínimo (que en la deserción iba a ser de tres meses y un día, como se ha podido apreciar en la transcripción del texto del artículo) y restándole su tercera parte, sin que pueda ser inferior a tres meses y un día». Además, la justificación de la enmienda no se corresponde con la redacción del texto que se

adjuntaba y que llegó a imponerse, pues, mientras en la primera se habla de «rebajar la pena por «arrepentimiento», en el segundo se exige solamente la presentación espontánea a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la desertión, sin referencias a «arrepentimiento» de ningún tipo (véase la transcripción expuesta en el párrafo anterior).

En fin, el Código penal militar de 1985 acabó conteniendo en el Título VI («Delitos contra los deberes del servicio») de su Libro II, un Capítulo III titulado «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar», compuesto por cinco Secciones (artículos 119 a 129): la primera, recogía el «Abandono de destino o residencia», es decir, el tipo objetivo o formalista de desertión específico del «Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado» (art. 119); la segunda, incriminaba el delito de «Deserción» en los términos que acabamos de ver (art. 120); la tercera, bajo la rúbrica de «Quebrantamientos especiales del deber de presencia», engloba los supuestos que ya individualizaba el Código de Justicia militar de 1945 de desertión frente al enemigo y en circunstancias críticas, de incomparecencia a bordo y de falta de incorporación a filas (artículos 121 a 124); la cuarta, se refiere a la «Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo» (artículos 125 a 128), cuestión que no es objeto del presente estudio; y la quinta, mantiene la punición autónoma de la incitación, la apología, el auxilio y el encubrimiento de los delitos anteriores (art. 129).

Frente a la regulación del Código de Justicia militar de 1945, la que aparecía en un principio en el vigente Código penal militar es considerablemente más simple. En efecto, fueron suprimidos tanto el tipo especial agravado de desertión al extranjero como la tradicional lista de agravantes específicas. Otras novedades destacables son que los tipos especiales que ahora se denominan «Quebrantamientos especiales del deber de presencia» se aplican también a los Oficiales, que desaparece la consideración de falta grave de la primera desertión simple en tiempo de paz, sustituida por la peculiar atenuante específica del párrafo tercero del artículo 120 y, por último, que se introduce una moderación general en las penas previstas para estos delitos.

En cambio, hay que repetir una vez más que las líneas maestras del sistema, es decir, la configuración objetiva o formalista de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia, y la distinción de ambos tipos en función del sujeto activo, no variaban para nada.

D) *La reforma de 1991*

No duró mucho, sin embargo, la victoria de la tesis objetiva o formalista. Demostrando una vez más la firmeza y la convicción con la que adopta sus principales decisiones de política criminal, el legislador dio en 1991 un giro radical a la regulación de los delitos que nos ocupan, para acoger, no ya, como ocurría en los trabajos parlamentarios iniciales del Código penal militar de 1985, una versión híbrida, pretendidamente conciliadora de las teorías enfrentadas, sino un sistema subjetivo o espiritualista de signo por completo contrario al formalista consagrado pocos años antes.

De forma más o menos paralela a lo que ocurría con la «justificación» de la enmienda que mantuvo la pureza del sistema formalista en la versión originaria del Código penal militar de 1985, con idéntica falta de expresividad y de claridad, nos dice la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 13/ 1991, de 20 de diciembre, reguladora del servicio militar e introductora de la reforma de la que estamos tratando, que «la aplicación de esta Ley, por cuanto tiene de innovador respecto a la situación anterior, requiere, asimismo, la previsión y refoma del Código Penal y de las Leyes penales, procesales y disciplinarias militares para dar una nueva regulación en ellas a determinados tipos y figuras que afectan al personal que cumple el servicio militar», sin que los debates parlamentarios arrojen más luz sobre el asunto.

En efecto, si bien cabe dentro de lo posible que el establecimiento de una nueva regulación legal de la prestación del servicio militar como obligación constitucional de ciudadanía tenga conexión con la modificación del Código penal militar que deja sin contenido sus artículos 124, 127 y 128, todos ellos relacionados con el servicio militar obligatorio, no parece, en cambio, que exista esa misma vinculación con la decisión del legislador de introducir el sistema subjetivo o espiritualista de conceptualización de la desertión, pues este delito no es específico de los militares de reemplazo, ni se entiende que pueda verse afectado en forma alguna por las modificaciones que la Ley del Servicio Militar introduce en el régimen jurídico de dichos militares. Así pues, hay que concluir que éste es uno de esos casos, por lo demás bastante frecuentes, en que se aprovecha la promulgación de una nueva ley para reformar preceptos de normas que no presentan más que una débil conexión con la materia de la primera.

Siendo esto así, resulta aventurado ensayar una explicación de la mutación de criterio político-criminal producida. Lo único que quizás sea

posible descartar desde un principio es que el motivo de la reforma pueda radicar en la experiencia práctica de la aplicación de la versión original del vigente Código penal militar, dado que el sistema objetivo o formalista es el único que históricamente se ha conocido en España: las mismas razones que podrían haber aconsejado en 1985 su mantenimiento, seguirán concurriendo en 1991, puesto que en esos escasos seis años intermedios nada ha sucedido, en lo que a nosotros se nos alcanza, que justifique un replanteamiento de la cuestión.

Si se piensa, por ejemplo, en el fenómeno delictivo de la llamada «insumisión», cuya influencia en diversos aspectos de la nueva regulación del servicio militar obligatorio es notoria, será sencillo caer en la cuenta de que la relación que presentaba con la deserción antes de la reforma de 1991 era mínima, ya que la conducta de quienes rehúsan cumplir el servicio militar obligatorio no constituía, por lo general, el delito de deserción del artículo 120, sino la figura de falta de incorporación a filas del artículo 124 o el tipo del artículo 127, cuya acción típica consistía, precisamente, en rehusar de forma expresa y sin causa legal el cumplimiento de dicho servicio. En cambio, es ahora cuando empieza a existir una cierta vinculación entre deserción e «insumisión», al haberse introducido en el artículo 102 del Código penal militar, a través de la propia Disposición adicional octava de la Ley del Servicio Militar, un nuevo párrafo tercero, que tipifica la desobediencia consistente en rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares y que, en determinados supuestos, puede plantear complicaciones concursales con el tipo espiritualista de deserción del artículo 120.

Con todo, una de las respuestas que el legislador de 1991 da a los problemas que plantea la «insumisión» y que es la reducción del ámbito de competencia penal de la Jurisdicción militar, plasmada principalmente a través de la decisión de dejar sin contenido los artículos 124, 127 y 128 del Código penal militar y de crear los artículos 135 *bis h*) y 135 *bis i*) en el Código penal común, influye también en la regulación de los delitos que nos ocupan, explicando, como se verá in extenso en otro lugar de este trabajo, alguna de las peculiaridades del nuevo régimen jurídico del delito de abandono de destino o residencia, aunque no sirve para aclararnos por qué se ha optado por la introducción del sistema subjetivo o espiritualista de configuración de la deserción. Un análisis más detallado de la manera en que el fenómeno de la llamada «insumisión» ha pesado sobre la nueva Ley del Servicio Militar puede encontrarse en el trabajo, al que nos remitimos, del Teniente Coronel Auditor y Juez Togado Militar Ramírez

Sineiro «El vigente régimen penal de la insumisión», en Revista General de Derecho, núms. 580-581, enero-febrero de 1993, págs. 415 a 433.

Para concluir, nos gustaría matizar que las críticas vertidas en los párrafos anteriores no se deben entender dirigidas contra la tesis espiritualista en sí misma considerada, sino sólo contra la desorientación y la falta de firmeza de criterio que demuestra con estos vaivenes el legislador español.

Finalmente, transcribimos los apartados segundo, tercero y cuarto de la Disposición adicional octava de la Ley del Servicio Militar, que son los preceptos que llevan a cabo la reforma objeto de este análisis:

«2. El artículo 119 del Código Penal Militar queda redactado como sigue:

«El militar profesional que injustificadamente 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 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.»

3. Se añade un artículo 119 *bis* al Código Penal Militar, cuyo contenido queda redactado como sigue:

«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.»

4. El artículo 120 del Código Penal Militar queda redactado como sigue:

«Comete desertión 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.»

Al no haber sufrido variaciones las rúbricas de las Secciones primera y segunda del Capítulo III del Título VI del Libro II del Código penal mi-

litar, se recoge ahora bajo el nomen iuris de «Abandono de destino o residencia» la antigua configuración objetiva o formalista de la deserción, sin distinción ya entre Oficiales o Suboficiales e individuos de la categoría de tropa y marinería, pero con un subtipo especial para los militares de reemplazo, cuya única peculiaridad es la ampliación del plazo que debe transcurrir para la consumación del delito. A todo esto, hay que añadir como novedades la desaparición de la atenuante específica del párrafo tercero del antiguo artículo 120, la unificación de la forma del cómputo de los días de ausencia y un cierto incremento del rigor punitivo.

Bajo la rúbrica de «Deserción», por su parte, tenemos en el artículo 120 la figura penal de la deserción propia, de carácter subjetivo o espiritualista, también común a Oficiales, Suboficiales e individuos de la categoría de tropa y marinería. Las penas previstas son más graves que las del delito de abandono de destino o residencia, frente a la equiparación penológica entre la modalidad objetiva y la subjetiva que mantenía la configuración del delito de deserción que llegó al Senado en 1985.

III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

A) *El estado de la cuestión durante la vigencia del Código de Justicia militar de 1945*

El análisis del bien jurídico protegido, como es conocido, constituye en la dogmática penalista de nuestros días el punto de partida para toda reflexión sobre un concreto tipo penal, y esta relevancia se incrementa, si cabe, en aquellos casos en que la articulación técnica del delito es objeto de controversias doctrinales y legislativas. Así, el estudio de los intereses sociales de relevancia jurídica que han sido considerados por el legislador como suficientemente importantes para merecer protección penal será presupuesto ineludible a la hora de formarse un juicio sobre la corrección técnico-jurídica y político-criminal de la regulación del delito de que se trate.

En el Código de Justicia militar de 1945, según se ha relatado en otro lugar de este trabajo, los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia se encontraban agrupados, con otros muchos tipos penales, bajo la rúbrica genérica de «Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército». Sobre la incapacidad de semejante rúbrica para expresar con precisión el bien jurídico inmediatamente protegido por la incriminación de la deserción, nos dice el Profesor Millán Garrido que «en puridad, casi

todos los delitos militares afectan a los medios (materiales o personales) de acción del Ejército y, por supuesto, todos, sin excepción, lesionan o ponen en peligro los fines de las fuerzas armadas, ya que en tal ataque al potencial bélico reside precisamente la esencia del delito militar» (*El delito de deserción militar*, cit., pág. 52). Así, refiere este autor que, cuando llegaba el momento de concretar el bien jurídico protegido, la jurisprudencia se acogía a la idea de disciplina, mientras que la doctrina, en general, prefería hablar de la «prestación ininterrumpida del servicio militar».

El propio Profesor Millán Garrido, por su parte, afirma categóricamente en la obra citada que «el bien jurídico protegido es, en todo caso, el servicio» y separa a continuación los delitos contra el servicio militar de los delitos contra la disciplina. Asimismo, desarrolla la distinción entre dos posibles acepciones del servicio militar como bien jurídico, una objetiva, que lo identificaría con el funcionamiento mismo de la organización militar en su conjunto y con el potencial bélico del Estado, y que plantearía, por lo tanto, los mismos problemas de indefinición que la rúbrica «Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército», y otra subjetiva, que considera más adecuada para lo que ahora nos interesa, consistente en entender por servicio militar la prestación personal del individuo a las Fuerzas Armadas, ya sea o no voluntaria.

A su vez, dentro de esa prestación, diferencia la obligación genérica de prestar servicio a las armas, de toda una serie de concretas prestaciones particulares exigibles al individuo durante su permanencia en filas. De esta manera, «bien jurídico protegido en la deserción es el servicio militar, entendido en sentido subjetivo y genérico, como obligación, impuesta o voluntariamente asumida, de prestar servicio a las armas en los términos establecidos por la ley» (para estos dos últimos párrafos, *El delito de deserción militar*, cit., págs. 55 a 58).

Llegados a este punto, es posible ya comprender plenamente los motivos por los que algunos autores rechazaban la configuración objetiva o formalista del delito de deserción que aparecía en el Código de Justicia militar de 1945 y en toda nuestra legislación histórica, así como los problemas que se les presentaban a los Tribunales a la hora de su aplicación práctica.

En efecto, parece incontrovertible, como han tenido el mérito de poner de manifiesto los Profesores Rodríguez Devesa y Millán Garrido, que un sistema puramente formalista, que castiga como desertor al militar que se ausenta de manera injustificada de su unidad, o no se reincorpora a ella, pasados determinados plazos, sin tener en cuenta la intención del su-

jeto, no protege de forma eficaz el bien jurídico «prestación del servicio militar», dado que no cubre supuestos que suponen sin duda una lesión de ese bien (como el caso del militar que se ausenta o no se reincorpora a su destino tratando de sustraerse de modo permanente a su deber de prestación del servicio, pero que es aprehendido antes de que transcurra el plazo legal necesario para la consumación del delito), mientras que, de forma paradójica, castiga otras conductas (por ejemplo, la del militar cuya ausencia supera el plazo legal, pero que no pretende abandonar las Fuerzas Armadas e, incluso, llega a reincorporarse voluntariamente a su destino), en las que resulta difícil de apreciar la vulneración del deber genérico de prestación del servicio.

B) *Las repercusiones del Código Penal Militar de 1985*

Ahora bien, antes de dar por buena la crítica expuesta, es necesario, a nuestro juicio, hacerse la pregunta de si realmente el bien jurídico protegido por un tipo penal de deserción de factura objetiva o formalista es ese deber genérico de prestación del servicio militar.

A este respecto, algo más de claridad aporta la rúbrica bajo la que aparecen en el nuevo Código penal militar de 1985 los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia: «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar». En el Anteproyecto y en el Proyecto del Código se hablaba de «Delitos contra el deber de presencia y prestación del servicio militar», con «el deber» en singular, lo que sin duda era otro intento de compaginar las tesis tradicionales con las del Profesor Millán Garrido. Sin embargo, y de manera que cabe calificar de muy significativa, una enmienda, la número 163, del Grupo popular del Congreso, consiguió el cambio a «los deberes», con el argumento de que «se trata de dos deberes distintos (el de presencia y el de prestación, se entiende) que parecen confundirse en el enunciado que ofrece el proyecto».

Asimismo, puede resultar interesante recordar que la Sección tercera del mismo Capítulo del Código penal militar donde están incluidos los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, Sección en la que se agrupan los tipos de ausencia injustificada frente al enemigo y en circunstancias críticas, de incomparecencia a bordo y de falta de incorporación a filas, se titula «Quebrantamientos especiales del deber de presencia». La especialidad de estas figuras, evidentemente, se articula con res-

pecto a los citados delitos de deserción y de abandono de destino o residencia (aunque esta afirmación precisaría de alguna matización).

De todos estos datos, el Comandante Auditor García Labajo («El delito de deserción militar», en *Comentarios al Código penal militar*, cit.), deduce que el Capítulo III del Título VI del Libro II del Código penal militar tipificaba en la redacción que salió de las Cortes en 1985 dos clases de delitos: unos, contenidos en las tres primeras Secciones del Capítulo («Abandono de destino o residencia», «Deserción» y «Quebrantamientos especiales del deber de presencia»), que tendrían como fin la salvaguardia del llamado «deber de presencia»; otros, concentrados en la Sección cuarta («Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo»), que protegerían el deber de prestación del servicio militar, pero entendido este último, no como lo hacía el Profesor Millán Garrido en su obra *El delito de deserción militar*, sino, de manera más restrictiva, como la obligación constitucional de ciudadanía ahora regulada por la Ley del Servicio Militar de 1991.

Así, se habrá que determinar qué sea ese «deber de presencia» que, según la tesis del Comandante Auditor García Labajo, constituye el bien jurídico protegido por la configuración objetiva o formalista del delito de deserción (y no sólo en la formulación originaria del vigente Código penal militar, sino también en el derogado Código de Justicia militar de 1945) y por la existencia del delito de abandono de destino o residencia. Pues bien, mantiene el autor mencionado que el deber de presencia consiste en «la disponibilidad para el servicio; esto es, el cumplimiento del deber que a todo militar compete conforme a Ordenanzas... de permanecer en su unidad, destino o lugar de residencia sin separarse de ellos, lo que equivale a estar en todo momento bajo el control de las Autoridades Militares».

Por otra parte, hay que añadir que este deber encuentra su razón de ser en la necesidad de mantener la intangibilidad de los recursos humanos que constituyen el personal de las Fuerzas Armadas, con lo que, si la tesis expuesta es correcta, cobra pleno sentido aquella rúbrica del Código de Justicia militar de 1945 que fue tan criticada en su tiempo por hablar de «Delitos contra los fines y los *medios* (personales en este caso) de acción del Ejército».

Finalmente, el autor cita ejemplos de sentencias, la mayoría recientes, que acogen una visión del bien jurídico lesionado por los desertores similar a la defendida por él (para lo referido en estos últimos párrafos, *Comentarios al Código penal militar*, cit., págs. 1520 a 1523).

C) *Propuesta para un replanteamiento de la cuestión*

¿Qué podemos decir nosotros con respecto a esta interesante polémica doctrinal?. A nuestro entender, gran parte de los problemas nacen de un planteamiento inicial de la cuestión un tanto confuso. En efecto, no parece necesario enfrentar la concepción objetiva o formalista y la subjetiva o espiritualista del delito de desertión militar, como si fueran dos maneras diferentes de proteger un mismo bien jurídico, una más acertada desde el punto de vista técnico-jurídico y la otra menos. Bien al contrario, cabe sostener que cada una de esas dos configuraciones del tipo penal está encaminada a la protección de un bien jurídico diferente, protección para la que sí son adecuadas, como trataremos de demostrar. La discusión, en consecuencia, en lugar de desarrollarse en el terreno de la técnica jurídica y en el de la reflexión de lege lata, debería haberse trasladado al campo de las decisiones de política criminal; más concretamente, al de la elección de los bienes jurídicos que han de ser protegidos por el Ordenamiento penal militar, dentro de una reflexión *de lege ferenda*.

Así, no se debería considerar que el sistema objetivo o formalista responde a un intento defectuoso de defensa del bien jurídico consistente en el deber genérico de prestación del servicio militar, pues lo que quiere en realidad proteger, y lo consigue, además, plena y acertadamente, es el deber de presencia o de disponibilidad para el servicio, que es una de las prestaciones particulares exigibles al individuo durante su permanencia en filas (de hecho, es la primera y más general concreción que admite el deber de prestación del servicio), cuya razón de ser estriba en garantizar que todos y cada uno de los integrantes del personal de las Fuerzas Armadas estén disponibles en todo momento para el servicio en los términos establecidos por las Ordenanzas, con lo que resulta lógica la irrelevancia de la intención específica del sujeto en caso de incumplimiento.

Ciertamente, no se puede negar que, en determinados supuestos, al salvaguardarse el deber de presencia, se evita también que se incumpla el deber, más amplio y genérico, de prestación del servicio (en especial, siempre que el abandono injustificado de destino o residencia durante el plazo fijado por la norma responda a la intención de sustraerse permanentemente al servicio militar), pero esto no invalida la afirmación de que el bien jurídico que de manera inmediata se intenta proteger es el deber de presencia y no el de prestación.

Por su parte, el sistema subjetivo o espiritualista es también correcto desde el punto de vista técnico-jurídico, si lo que se busca es que, además

de una serie de tipos penales que incriminen las conductas que vulneran los deberes particulares que derivan del deber de prestación del servicio militar, exista también un tipo más general que castigue las conductas dirigidas directamente contra este último. Aquí sí, como hemos visto al comentar los argumentos de los defensores del concepto espiritualista de la deserción, resulta imprescindible incorporar al tipo penal un elemento subjetivo del injusto para conseguir la adecuada protección del bien jurídico.

En cuanto a las críticas de quienes consideran que ese elemento subjetivo plantearía problemas casi insalvables a la hora de la aplicación en la práctica del tipo penal, no son de recibo, a nuestro entender, porque es evidente que en el Derecho penal español existe (lo mismo que en todo el panorama de las legislaciones penales comparadas) una cierta cantidad de figuras delictuales de esta clase, las cuales, aunque generan más problemas probatorios que los tipos puramente objetivos, no resultan, ni mucho menos, inaplicables por los Tribunales. Claro está, sin embargo, que, para que esa aplicación sea posible, es preciso tanto el que exista la efectiva voluntad de llevarla a cabo, como el que se no se caiga en la fácil tentación de propugnar una interpretación desorbitada de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, yendo más allá, no sólo de las exigencias legales, sino también de los propios requerimientos constitucionales y de los textos internacionales de protección de los derechos fundamentales.

La breve referencia realizada en un punto anterior de este trabajo al Derecho comparado, y nuestras conclusiones de los párrafos anteriores, nos descubren que, a la hora de configurar un Ordenamiento penal militar coherente, el legislador no puede dejar de contemplar el delito de deserción en su concepción objetiva o formalista, ya que lo exige la propia naturaleza de las cosas: donde existen unas Fuerzas Armadas tal como hoy las entendemos (un Ejército permanente) y delitos específicamente militares, no puede faltar la incriminación de las conductas atentatorias contra el llamado «deber de presencia». Ya se ha dicho que, incluso en los países que se suman a la tesis subjetiva o espiritualista, existe siempre, al lado del delito de deserción, otro, que se llamará de «ausencia injustificada» o de una forma parecida, y que castigará los abandonos de destino o residencia cuya duración supere un plazo determinado de tiempo, sin más requisitos que la injustificación de la ausencia.

En cambio, son muchos los Ordenamientos que no contemplan la deserción en sentido propio, es decir, el sistema subjetivo o espiritualista, porque el grado de protección del deber genérico de prestación del servicio que

consiguen de modo indirecto, a través de la salvaguardia de los deberes particulares que derivan de él, le ha debido de parecer suficiente al legislador.

En resumen, la cuestión de decidir si había que introducir en nuestro Ordenamiento el sistema subjetivo o espiritualista de configuración de la deserción no constituía tanto un problema de mejora técnico-jurídica de la legislación penal militar, como una discusión político-criminal sobre la conveniencia o no de incriminar autónomamente las conductas tendentes a lesionar de modo directo el deber genérico y subjetivo, voluntaria o forzosamente asumido, de prestación del servicio militar, aumentando la protección dispensada a este bien.

En contra de la aparición del nuevo tipo penal, se podría quizás alegar el carácter de defensa mínima que tiene en nuestro Ordenamiento el Derecho penal: si ya se contemplaban, una por una, todas las posibles infracciones de los deberes y obligaciones específicas que derivan del deber de prestación del servicio militar (aunque no la infracción genérica de éste), y si, además, buena parte de las conductas que quedarían englobadas en la nueva figura recibía castigo penal por ajustarse al tipo de deserción en sentido objetivo o formalista, no era insostenible el mantener que el nivel de protección del bien jurídico resultaba suficiente.

A favor de la inclusión en el Código del nuevo delito, es posible argumentar que no es cierto que la protección del deber de prestación del servicio militar fuera completa, dado que conductas que lo lesionan claramente, como son las de quienes no llegaban a cometer el antiguo delito de deserción por haber sido aprehendidos antes del transcurso del plazo legal necesario para la consumación, pero que habían abandonado su destino o residencia con la intención de sustraerse de manera permanente al deber de prestación, no recibían el merecido castigo penal.

Además, el diferenciar de una forma nítida el delito contra el deber de prestación del servicio, del delito contra el deber de presencia o de disponibilidad para el servicio, podría permitir una mejor graduación de las penas, con la consiguiente moderación de las de la figura objetiva o formalista, que entraña un desvalor jurídico menor, y el mantenimiento de un cierto rigor en las del tipo subjetivo o espiritualista.

D) *El significado de la reforma de 1991*

De acuerdo con la tesis expuesta, el significado de la reforma de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia operada por la Ley del

Servicio Militar resulta claro: el legislador ha optado por introducir un tipo penal que específicamente defienda el deber genérico y subjetivo de prestación del servicio militar, de modo que ahora existe un delito de deserción en el que el bien jurídico protegido es el que se acaba de mencionar (art. 120 del Código penal militar) y un delito de abandono de destino o residencia, dividido en dos subtipos diferenciados por el sujeto activo, en el que ese bien se concreta en el llamado «deber de presencia» (artículos 119 y 119 *bis*).

Por lo demás, esta interpretación se adapta a la perfección a la rúbrica del Capítulo III («Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar»), aunque no quepa entender ya que el «deber de prestación del servicio militar» al que alude haga referencia de forma exclusiva a los delitos de la Sección cuarta, relacionados con el servicio militar obligatorio como deber de ciudadanía.

Tampoco plantea grandes dificultades establecer cuál es la relación sistemática entre los nuevos artículos 119 y 119 *bis* por un lado, y 120 por el otro. Así, es figura principal el artículo 120, es decir, la deserción, porque el desvalor que supone la infracción del deber genérico de prestación del servicio es mayor y contiene plenamente el derivado de la vulneración del deber de presencia, dado que este último no es más que la primera y más inmediata concreción que admite el otro, ahora salvaguardada por los dos subtipos del delito de abandono de destino o residencia de los artículos 119 y 119 *bis*, convertidos en figuras subsidiarias frente a la del artículo 120. De ahí que la pena prevista para el delito de deserción sea mayor que la prevenida para el de abandono de destino o residencia y que, en cambio, no resultase acertada la equiparación contemplada en aquel fallido intento de introducir el sistema subjetivo o formalista a través del párrafo tercero del artículo 120.

En la práctica, siempre que nos hallemos ante un abandono de destino o residencia en el que concurra el «ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares», se aplicará el artículo 120, y no el 119 o el 119 *bis*. A su vez, de producirse una ausencia injustificada faltando el elemento subjetivo citado, habrá que distinguir según la duración de la misma alcance o no los plazos legales; si los alcanza, se habrá cometido, dependiendo de la condición del sujeto, bien el delito del artículo 119, bien el del 119 *bis*; si no llega a ella, no habrá delito, sino infracción disciplinaria.

Para acabar de establecer las relaciones entre los nuevos delitos de deserción y de abandono de destino o residencia a través del análisis del bien jurídico protegido, resulta necesario agregar a lo anterior el dato del carácter

homogéneo que presenta la naturaleza de ambos tipos, como delitos que son de peligro abstracto: en efecto, y en esto las discrepancias doctrinales son menores, los deberes que defienden se le imponen al individuo con el fin último de mantener el potencial bélico del Estado, garantizando la intangibilidad de los recursos humanos de las Fuerzas Armadas; ahora bien, la concreta infracción por un individuo también concreto de su deber de prestación del servicio militar o de su deber de presencia (de disponibilidad en todo momento para las obligaciones derivadas del servicio, dicho de otra manera), no genera, en principio, ningún resultado dañoso identificable, como pudiera ser una real y cuantificable disminución del citado potencial bélico.

Precisamente, en la mayor concreción del peligro creado por el culpable reside la especialidad de los delitos de los artículos 121 y 122 del Código penal militar (Sección tercera, «Quebrantamientos especiales del deber de presencia»), que consisten en ausencias injustificadas frente al enemigo o en circunstancias críticas y que, por no haber sido modificados en la reforma de 1991, no van a ser analizados en profundidad en este trabajo. En las circunstancias recogidas por esas figuras, la necesidad de contar con la plena disponibilidad de todos los efectivos que, conforme a las Ordenanzas, deben estar prestos para el servicio se acrecienta y ese es el motivo de que no se exija el transcurso de plazo alguno de ausencia ni se diferencie entre «militares profesionales» y «militares de reemplazo». Se trata, pues, de tipos especiales agravados frente al delito de abandono de destino o residencia.

En cambio, para resolver sus relaciones con la desertión habrá que recurrir a la técnica del concurso ideal de delitos, dado que, a nuestro parecer, ni la incriminación de unas infracciones del deber de presencia especialmente cualificadas abarca de manera íntegra el desvalor jurídico que deriva de la vulneración del deber genérico de prestación del servicio militar, ni el castigo de esta última clase de infracciones hace innecesario el de las primeras, en razón del particular peligro que las mismas generan para el funcionamiento eficaz de la unidad militar, que se halla ante el enemigo o se ve envuelta en las «circunstancias críticas».

VI. SUJETO ACTIVO DEL DELITO

A) *La polémica doctrinal*

La segunda gran cuestión polémica en la regulación de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia es la del sujeto activo del

delito. Nuestro tradicional sistema objetivo o formalista iba unido a la diferenciación entre el tratamiento punitivo de los Oficiales y Suboficiales y el de los individuos pertenecientes a las antiguas clases de tropa y marinería, mientras que las propuestas de introducción del sistema subjetivo o espiritualista sugerían la unificación del mismo.

Sin embargo, hay que hacer notar, antes de seguir adelante, que ambos aspectos son, desde nuestro punto de vista, perfectamente separables, es decir, no vemos ningún obstáculo, ninguna interna contradicción, que impida que un sistema formalista castigue igual a todos los militares, sea cual sea su graduación, o que en el sistema espiritualista se establezcan tipos diferenciados de deserción y de abandono de destino o residencia para determinadas categorías del personal de las Fuerzas Armadas.

Las posiciones favorables a la unificación de tratamiento punitivo, mantenidas por buena parte de la doctrina, y representadas otra vez de manera notoria por el Profesor Millán Garrido, parten de que, tanto si se admite el sistema subjetivo o espiritualista, como si se opta por el objetivo o formalista, nada varía en los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia por el hecho de que el autor sea un Oficial o Suboficial, o, por el contrario, un individuo de las clases de tropa o marinería: el bien jurídico lesionado es el mismo y la acción típica también, al menos en sus rasgos esenciales.

Es más, durante el periodo de vigencia del Código de Justicia militar de 1945, ni siquiera se podía sostener que con la incriminación separada se pretendiese reservar un mayor rigor punitivo para los Oficiales y Suboficiales, por el aumento de responsabilidad que conlleva su graduación o por su carácter profesional, dado que, de hecho, había supuestos de abandono de destino o residencia (*nomen iuris* en la regulación anterior del delito de deserción en sentido formalista propio del Oficial y Suboficial) que tenían prevista pena menos grave que los supuestos paralelos de deserción de los individuos de las clases de tropa o marinería.

En último término, el Profesor Millán Garrido llegaba a tomar en consideración la posibilidad de introducir como circunstancia agravante específica en estos delitos la condición de militar profesional del autor.

En contraposición a lo anterior, encontramos una defensa del tratamiento penal diferenciado en los capítulos relativos a los delitos de abandono de destino o residencia y de deserción, redactados por el Comandante Auditor García Labajo, dentro de la obra colectiva *Comentarios al Código penal militar*, cit.

Este autor maneja dos tipos de argumentos para sostener su postura. Los primeros son de índole criminológica, es decir, se basan en el carácter claramente diferenciado del perfil psicológico del individuo de las clases de tropa o marinería que deserta frente al del Oficial o Suboficial que comete el mismo delito (el antiguo abandono de destino o residencia). Fue De Querol y De Durán, en sus conocidos *Principios de Derecho Militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945* (Ed. Naval, Madrid, sin fecha), quien primero puso de relieve dentro de nuestra doctrina esa diferencia, pero el análisis más detallado sobre la peculiar psicología del soldado o marinero desertor aparece en la repetidamente citada obra del Profesor Millán Garrido *El delito de deserción militar* (págs. 155 y sigs.).

Con profuso manejo de estadísticas y de estudios nacionales y extranjeros sobre la cuestión, el Profesor Millán Garrido muestra que los soldados y marineros que desertan suelen ser personas que no logran adaptarse a la vida militar, pero que, por lo común, tenían ya graves problemas previos de adaptación social en la vida civil. Especialmente revelador resulta el dato, tomado del trabajo de Moreno Chaparro, «Aspectos psicopsicológicos de la deserción» (*Revista de Sanidad Militar*, vol. XXXVI, Madrid, 1974, págs. 21 y sigs.), de que casi un 60% de los soldados y marineros desertores estudiados por el autor habían delinquido antes de incorporarse a filas y de que casi un 20% de ellos habían sido condenados más de cuatro veces.

En cambio, el Comandante Auditor García Labajo considera que, aunque no existan trabajos similares sobre los Oficiales y Suboficiales, la especial selección a la que se ven sometidos permite descartar que sea la inadaptación a la vida militar lo que les lleva a cometer estos delitos, al menos en la mayoría de los casos.

El otro argumento se relaciona con el bien jurídico protegido. En efecto, cabe sostener que el peligro que crea para las disponibilidades de personal de las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, para el potencial bélico del Estado, el Oficial o Suboficial que infringe, bien su deber genérico de prestación del servicio militar (deserción), bien el deber de presencia o de disponibilidad para el servicio en los términos establecidos por las Ordenanzas (abandono de destino o residencia), es mayor que el que puede generar el individuo de la categoría de tropa y marinería que comete la misma infracción, tanto por las particulares responsabilidades que competen al primero, como por su superior especialización y por el menor número de efectivos existentes en su categoría, que lo convierten en un elemento

de la organización militar más difícil de sustituir que quien, al carecer de esa formación específica, resulta, si se nos permite el decirlo, más «fungible».

Similares razones (y no las consistentes en el carácter de voluntariedad que el servicio presenta en el caso que vamos a mencionar) postularían, ahora a nuestro particular entender, un tratamiento también diferenciado del militar profesional perteneciente a la categoría de tropa y marinería, con respecto a los militares de reemplazo, lo que haría del criterio de la profesionalidad, más que de la graduación por sí misma, la clave de la distinción punitiva, como hasta el propio Profesor Millán Garrido veía posible admitir.

En fin, si hubiese que tomar partido dentro de esta polémica, nos sumáramos a las tesis propugnadoras del tratamiento penal diferenciado, aunque no tanto por el peso del argumento criminológico, como por la especial fuerza de convicción que tiene para nosotros el razonamiento desarrollado en los dos párrafos anteriores.

B) *Incidencia de la reforma de 1991 en el sujeto activo de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia*

En cualquier caso, ya nos es conocida cuál fue la opción del legislador en 1985 y cuál en 1991. Así, en un primer momento se mantuvo, unida al sistema objetivo o formalista, la distinción entre el delito de abandono de destino o residencia del artículo 119, reservado al «Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado», y el delito de desertión del artículo 120, propio del «militar no comprendido en el artículo anterior», ambos con conductas típicas sustancialmente idénticas, pero con la corrección frente a la legislación anterior del establecimiento de penas más graves, sin excepción alguna, para el abandono de destino o residencia y con la peculiaridad, que introducía un resquicio unificador, de que los «Quebrantamientos especiales del deber de presencia» de los artículos 121 a 123 no hacían distinciones y se referían sin matices al «militar».

Después, con la aceptación del sistema subjetivo o espiritualista, se podía esperar también una correlativa unificación total del tratamiento punitivo, vista la coincidencia que se encuentra en la doctrina española entre la defensa de esa forma de configurar la desertión y la propuesta de la unidad de trato penal. Sin embargo, la reforma de 1991 no responde plenamente a esta expectativa, pues, si bien es cierto que el tipo espiritualista de desertión del artículo 120 no hace distinciones, en cambio en el abandono de destino o residen-

cia hay dos subtipos, uno para el «militar profesional» (art. 119) y otro para el «militar de reemplazo» (art. 119 *bis*).

Tres puntos básicos requieren de aclaración en relación con este aspecto de la reforma: primero, el hecho de que se haya mantenido el tratamiento punitivo diferenciado únicamente en el delito de abandono de destino o residencia y no en el de deserción; segundo, el que la distinción se base en la condición de «militar profesional» o de «militar de reemplazo» del sujeto activo, en vez de sobre el tradicional criterio de la graduación; tercero, el que la diferenciación de trato penal se plasme en la necesidad del transcurso de plazos distintos para la consumación del delito (además, sólo en tiempo de paz) y no en el escalonamiento de las penas previstas, que son idénticas. Por lo demás, el legislador no ofrece ningún tipo de orientación que ayude a explicar estos tres extremos, ni en la Exposición de Motivos de la Ley del Servicio Militar, ni a través de los debates parlamentarios relativos a dicho texto legal.

En un principio, podría pensarse que, por razón del desvalor de las respectivas acciones típicas, únicamente se han querido introducir matizaciones en el delito más leve, el de abandono de destino o residencia. Asimismo, cabría sostener, ante el tenor de los nuevos artículos 119 y 119 *bis*, que se ha optado por acoger como fundamento de la diferenciación de tratamiento punitivo, bien el criterio de la profesionalidad o especialización, conforme a lo que defendíamos en el epígrafe anterior, bien el carácter voluntario o forzoso del deber de prestación del servicio militar, bien ambas fundamentaciones a un tiempo, ya que en el actual régimen del personal de las Fuerzas Armadas aparecen estrechamente ligadas tanto la voluntariedad y la profesionalidad, como el reclutamiento forzoso y la no profesionalidad.

Por último, es fácil descubrir que una diferenciación de trato penal consistente en la variación de la duración de los plazos cuyo transcurso es necesario para la consumación del delito encubre, en realidad, un escalonamiento de la penalidad, porque los abandonos de destino o residencia de los militares de reemplazo que no duren más de quince días no quedarán impunes, sino que constituirán infracciones disciplinarias, a las que también son aplicables sanciones privativas de libertad.

Así, el régimen punitivo que resulta es el siguiente: las ausencias injustificadas de duración superior a quince días se castigan siempre igual, con independencia de la condición del sujeto activo; las que duran entre tres y quince días, se convierten en infracciones disciplinarias para los militares de reemplazo, con una sanción máxima de tres meses de arresto, mientras que siguen siendo delito para los militares profesionales, con la pena mínima de tres meses y un día de prisión; finalmente, los abandonos de destino o resi-

dencia de duración no superior a tres días son infracciones disciplinarias en todo caso. De esta manera, sólo reciben un verdadero tratamiento penal diferenciado, a pesar de que éste aparente extenderse en general a todo el delito de abandono de destino o residencia, las ausencias injustificadas producidas en tiempo de paz y que no duren más de quince días.

Sin embargo, esta extremada reducción de la virtualidad de la distinción de trato penal y el que se base en una degradación al ámbito de las infracciones disciplinarias de ciertas infracciones del deber de presencia, que son, ciertamente, las de menor peligrosidad para el potencial bélico del Estado, pero, al mismo tiempo, las que en la práctica se cometerán con una frecuencia más elevada, dado que los militares de reemplazo constituyen, al día de hoy, la gran mayoría del personal de nuestras Fuerzas Armadas, conduce a pensar que el motivo principal que ha llevado al legislador a mantener resquicios de un tratamiento punitivo diferenciado no es tanto una preocupación de índole técnico-jurídica, reflejo de la polémica doctrinal expuesta en el epígrafe anterior, como la intención, mucho más pragmática, de sustraer a la competencia penal de la Jurisdicción militar los asuntos que pueden generar una mayor polémica en la sociedad, dentro de un contexto en el que las actuaciones de minorías activistas hostiles a las Fuerzas Armadas españolas y, sobre todo, a los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho instaurado por la Constitución de 1978, adquieren una repercusión considerable, gracias a la atención que les prestan los medios de comunicación de masas, a pesar de que se trate de verdaderas incitaciones a delinquir, generosamente toleradas por los Poderes públicos.

Por lo demás, contemplada la reforma de los artículos 119 y 120 del Código penal militar desde este punto de vista, resulta bastante coherente con la desaparición de los artículos 124, 127 y 128 del mismo cuerpo legal, aunque, como ya se ha dicho, en este último caso la reducción del espacio competencial de la Jurisdicción militar se realizaba a través de un traslado de los tipos respectivos al Código penal común y no de su inclusión en el ámbito de lo disciplinario.

C) *El sujeto activo en el delito de desertión*

Pasando al análisis en particular del sujeto activo tal como ha quedado configurado después de la reforma de 1991, se puede empezar diciendo que en el delito de desertión no surge más problema que el general de adaptar el artículo 8 del Código penal militar, que es el precepto que específicamente determina qué se deba entender por militar a los efectos del propio Código, a las nuevas Leyes del Régimen del Personal militar profesional (Ley 17/1989,

de 19 de julio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 172 de 1989, de 20 de julio) y del Servicio Militar.

De esta manera, en el número primero del artículo 8 del Código penal militar, que se refiere a quienes «como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas», habrá que incluir ahora a los militares de carrera y a los militares de empleo, aunque en el caso de estos últimos la relación de servicios con las Fuerzas Armadas tenga carácter no permanente (art. 3 de la Ley del Régimen del Personal militar profesional), en tanto se hallen en una situación administrativa que, conforme a la Ley del Régimen del Personal militar profesional, conlleve también la aplicación de la legislación penal militar.

En el número segundo, relativo a las personas que «con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas», estarán los militares de reemplazo, definidos por el artículo 3 de la Ley del Servicio Militar. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la categoría de voluntarios especiales ha desaparecido, quedando convertidos quienes ostentaban tal condición en militares de empleo de la categoría de tropa y marinería (Disposición adicional sexta de la Ley del Servicio Militar).

En el número tercero permanecen, sin cambio alguno, quienes «cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares», cuyo régimen jurídico está regulado por la Ley del Régimen del Personal militar profesional, aunque su vinculación con las Fuerzas Armadas no constituya una relación de servicios de carácter profesional (art. 55 de la Ley del Régimen del Personal militar profesional).

El número cuarto, por el contrario, sí que se ve afectado por la nueva legislación, dado que las Escalas de Complemento y de Reserva Naval a las que se refiere han sido declaradas a extinguir por la Disposición adicional sexta, apartado cuarto, de la Ley del Régimen del Personal militar profesional. No obstante, la desaparición de estas escalas no es inmediata, con lo que aún existirán individuos pertenecientes a las mismas durante algunos años.

Por último, el número quinto no necesita de más aclaraciones por el momento, al referirse a quienes «con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».

D) *El sujeto activo en el delito de abandono de destino o residencia*

En cuanto al delito de abandono de destino o residencia, la bipartición establecida entre el militar profesional y el militar de reemplazo plantea al-

gunas dificultades, aunque aparente ajustarse perfectamente al nuevo régimen del personal de las Fuerzas Armadas diseñado por el juego conjunto de la Ley del Régimen del Personal militar profesional y de la Ley del Servicio Militar. Además, la resolución de estos problemas hermenéuticos se ve dificultada por el hecho, ya estudiado, de que el legislador parezca haberse movido, a la hora de implantar en los artículos 119 y 119 *bis* del Código penal militar la distinción que nos ocupa, más por la intención de convertir en infracciones disciplinarias determinadas conductas cuyo enjuiciamiento por la Jurisdicción militar podía generar consecuencias que se consideran políticamente indeseables, que por la de adecuar el tratamiento punitivo a la condición del sujeto activo, en función de las necesidades de protección de los bienes jurídicos en presencia: el resultado es que faltan criterios de interpretación seguros, que puedan completar el simple análisis del alcance de las expresiones «militar profesional» y «militar de reemplazo» en la Ley del Régimen del Personal militar profesional y en la Ley del Servicio Militar.

A primera vista, en la subdivisión constituida por los militares profesionales estarán incluidos todos los efectivos de las Fuerzas Armadas cuyo régimen jurídico aparece regulado en la Ley del Régimen del Personal militar profesional, es decir, los militares de carrera y de empleo, los alumnos de los centros docentes militares de formación y los miembros de las Escalas de Complemento y Reserva Naval que permanezcan en ellas mientras no se produzca su definitiva extinción. Por su parte, serán militares de reemplazo «los españoles que se incorporan a las Fuerzas Armadas para cumplir el servicio militar», conforme al artículo 3 de la Ley del Servicio militar, entendido ese «servicio militar» como la «prestación personal fundamental de los españoles a la defensa nacional» (art. 2 de la misma Ley), derivada del apartado segundo del artículo 30 de la Constitución Española.

Finalmente, el personal militar que se hallaba en situación de reserva y que se vuelve a incorporar al servicio activo como consecuencia de una orden de movilización, se asimilará, bien a la categoría de militares profesionales, bien a la de militares de reemplazo, dependiendo de si esa reserva era con respecto a la función militar profesional o al servicio militar obligatorio. A este respecto, hay que matizar que la Disposición adicional primera de la Ley del Servicio Militar, en su párrafo segundo, establece que «en el caso de tener cumplido el servicio militar, los militares de empleo pasarán a la reserva del mismo (es decir, a la reserva del servicio militar obligatono) a la finalización o resolución de su compromiso y los alumnos de los centros docentes militares de formación, que no se reintegren a su Escala de origen, al causar

baja en los mismos», con lo que estas personas, de ser movilizadas, quedarán equiparadas a los militares de reemplazo y no a los profesionales.

Ahora bien, hay ciertos puntos dudosos en lo que se acaba exponer. Para empezar, no es seguro que los alumnos de las Academias y Escuelas militares deban ser equiparados sin más a los militares profesionales, pues la propia Ley del Régimen del Personal militar profesional, donde se regula su régimen jurídico, matiza que la vinculación de estas personas con las Fuerzas Armadas no tiene carácter profesional (art. 55, citado). Con todo, la solución inicialmente adoptada sigue siendo la más aceptable, en nuestra opinión, porque, aun existiendo dificultades para la asimilación de los alumnos de los centros docentes militares de formación al personal militar profesional, lo que parece claro es que de ninguna manera pueden ser considerados militares de reemplazo, dada la especificidad que presenta esa expresión en la Ley del Servicio Militar, que la aplica solamente, como se ha visto, a quienes prestan el servicio militar obligatorio como obligación de ciudadanía.

En cambio, la respuesta contraria ha de darse para el supuesto de quienes prestan el servicio militar obligatorio en la modalidad de servicio para la formación de cuadros de mando. Aunque la situación de estos individuos presenta similitudes con la de los alumnos de los centros docentes militares de formación, pues reciben una preparación militar especializada y se convierten en Oficiales, y ello podría haber aconsejado su desmembración con respecto al conjunto de los militares de reemplazo, la Ley del Servicio Militar los considera a todos los efectos incluidos dentro de estos últimos (véase el artículo 24 del citado cuerpo legal, que, por lo demás, reafirma en su párrafo quinto que «quienes cumplen el servicio militar están vinculados a las Fuerzas Armadas por una relación de servicios de carácter no profesional»), con lo que no parece que quepa otra solución que la que se está propugnando.

Aún más complicado de resolver es el problema que plantean los ciudadanos que quedan sometidos al Código penal militar por haber sido militarizados por decisión del Gobierno, conforme a las previsiones de la Ley 50/1969, de 26 de abril, básica de la Movilización nacional (*Boletín Oficial del Estado* número 101 de 1969, de 28 de abril) y de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de Junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (*Boletín Oficial del Estado* número 134 de 1981, de 5 de junio), ya que estas personas resultan virtualmente imposibles de encuadrar en la distinción entre militares profesionales y de reemplazo.

El personal civil militarizado comparte con los militares de reemplazo el carácter forzoso del servicio militar que presta y el que éste constituya una

obligación constitucional de ciudadanía. El artículo 1.2 de la Ley del Servicio Militar afirma al respecto que «las obligaciones militares de los españoles, a las que se refiere el artículo 30.2 de la Constitución, consisten en la prestación del servicio militar y en el cumplimiento de servicios en las Fuerzas Armadas de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional»; sin embargo, la definición que ofrece ese mismo texto legal de los militares de reemplazo, transcrita en uno de los párrafos anteriores, difícilmente se puede extender a los civiles militarizados, de los que, por lo demás, ya no se vuelve a ocupar la Ley del Servicio Militar en el resto de su articulado.

Por otra parte, el personal militarizado tiene en común con los militares profesionales tanto la posibilidad de su asimilación en ciertos supuestos a los Oficiales y Suboficiales (que son siempre militares profesionales y no de reemplazo), como el dato de su especialización, que, adquirida en un principio para la vida civil, por la circunstancia de la militarización pasa a desarrollarse, bien al servicio directo de las necesidades de las Fuerzas Armadas, bien, simplemente, bajo un régimen de disciplina militar.

De esta manera, se llega a un punto muerto, en el que se echa en falta más que nunca la existencia de un fundamento claro y preciso de la diferencia de tratamiento punitivo entre los militares de reemplazo y los militares profesionales. Si el legislador hubiera manifestado de algún modo su intención de que ese fundamento fuera, por ejemplo, la voluntariedad del servicio de los segundos, los civiles militarizados tendrían su lugar en el artículo 119 bis del Código penal militar; si se hubiera inclinado, en cambio, por el criterio de la especialización o profesionalidad, es decir, de la cualificación técnica, habría que desplazarse al 119. Al final, queda para los Tribunales una labor de interpretación, nada envidiable, en la que acertar se convierte casi en un imposible.

V. ACCION TIPICA

A) *Incidencia en la descripción de la acción típica de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia de la reforma de 1991*

Una de las características más positivas del Código penal militar de 1985 en relación con el delito de abandono de destino o residencia y, muy especialmente, con el de deserción, era la simplificación que introducía en la regulación de estas figuras, aun manteniendo el tradicional sistema objetivo o formalista. En concreto, no sólo desaparecía el tipo especial de deserción al extranjero y la lista de circunstancias agravantes específicas, sino que se describían las

acciones típicas constitutivas de este delito y del de abandono de destino o residencia de forma casi idéntica y con una notable economía expresiva. Además, ya se ha mencionado que los tipos especiales de ausencia frente al enemigo y en circunstancias críticas, y el de incomparecencia a bordo, se volvían comunes para todos los militares, con independencia de su graduación.

Así, la acción típica consistía en ausentarse de la unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no presentarse («a los Jefes o a la Autoridad militar, que corresponde o exista», se añadía en la deserción), pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo. El cual, en el abandono de destino o residencia, se computaba desde el momento en que se debió efectuar la incorporación y, en la deserción, se entendía cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempo de guerra, la ausencia no podía superar en ninguno de los dos casos las veinticuatro horas.

En cuanto a la reforma de 1991, ha mantenido *ad pedem litterae* para el nuevo delito de abandono de destino o residencia la descripción de la acción típica del antiguo; únicamente, en el subtipo cuyo sujeto activo es el «militar de reemplazo», y para tiempo de paz, se cambia el plazo a más de quince días. En el nuevo delito de deserción, por su parte, tampoco aparecen grandes variaciones, salvo las necesarias para dar acogida al sistema subjetivo o espiritualista, es decir, la sustitución del plazo por el elemento subjetivo consistente en el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares. Asimismo, se simplifica aún más la descripción de la acción, al no incluirse el inciso «o no se presentare, pudiendo hacerlo».

En consecuencia, en los párrafos siguientes se va a abordar, en primer lugar, el análisis de los elementos comunes de la acción típica en los dos delitos y, a continuación, el de los caracteres de ésta exclusivos de cada uno de ellos, que son, en la deserción, el elemento subjetivo del injusto consistente en el *animus deserendi* y, en el abandono de destino o residencia, los plazos cuyo transcurso es necesario para la consumación del delito. Ahora bien, no se prestará una atención exhaustiva a aquellos aspectos respecto de los cuales sigan siendo válidas las reflexiones doctrinales nacidas en torno a la regulación original del Código penal militar vigente.

B) *Elementos comunes de la acción típica en los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia*

El núcleo de la acción típica, tanto en la deserción como en el abandono de destino o residencia, consiste en la ausencia (entendida como una no-presencia, un no-estar físicamente en un lugar) de la unidad, destino o lugar de

residencia, sea producto del abandono de éste, lo sea de la no incorporación o presentación al mismo, sin que se exija ningún resultado exterior dañoso, pues nos hallamos ante delitos de peligro abstracto. De ahí que la mejor doctrina haya resaltado que estos delitos son tipos de simple omisión, en los que se produce la no ejecución de un obrar esperado por el Ordenamiento jurídico penal, como, por lo demás, ocurre con frecuencia con las figuras penales creadas para garantizar el cumplimiento de un deber.

Del dato de que la acción típica produzca la infracción de un deber se deriva también otra nota definitoria de la naturaleza de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, y es la de su carácter permanente, por cuanto el estado antijurídico creado por la comisión del delito se mantiene indefinidamente en el tiempo, al menos en principio: ni el deber subjetivo de prestación del servicio, ni el de presencia, desaparecen a causa de su vulneración por parte de la persona a la que sujetaban, de manera que la lesión sufrida por ellos no se convierte en un hecho del pasado, sino que continúa presente aun después de la consumación del delito.

Sin embargo, esta supuesta característica de los delitos que nos ocupan ha sido muy discutida por la doctrina (de los autores citados en este trabajo, se muestran a favor de ella De Querol y de Durán, Rubio Tardio y Millán Garrido; en contra, Montull Lavilla y García Labajo), aunque no se entrará a exponer la polémica con detalle, porque se puede considerar que carece ya de relevancia práctica. En efecto, hoy parece claro que la prescripción de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, que era el punto principal al que podría llegar a afectar el aceptar o no el carácter permanente de estas figuras, se rige por las reglas generales del artículo 45 del Código penal militar, comenzándose a contar los plazos en él establecidos desde el momento en que se consuma el delito, que en el abandono de destino o residencia es cuando transcurre el periodo de ausencia injustificada previsto por los artículos 119 y 119 *bis*, y en la deserción cuando se abandona la unidad, destino o lugar de residencia con la específica intención subjetiva de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares.

Por otra parte, hay que matizar que el que en estos delitos el injusto consista en la infracción de un deber no significa que cualquier manera de infringirlo sea típica: el núcleo de la acción, como ya se ha destacado, es la ausencia de la unidad, destino o lugar de residencia, y además, esa no presencia debe provenir en el abandono de destino, o de «ausentarse», o de «no presentarse», y en la deserción, únicamente de «ausentarse». Sobre qué se deba entender por «unidad», «destino» y «lugar de residencia», pueden consultarse las obras que se han citado como bibliografía, aunque resulta evidente la am-

plitud que se pretende conseguir usando estos tres términos. Será objeto de un estudio pormenorizado, en cambio, el detalle de que en la deserción sólo parezca contemplarse la ausencia por abandono, y no la producida por no reincorporación.

Considerada la cuestión *in abstracto*, quizás sería razonable entender el «se ausentare» del artículo 120 como un «estar ausente» genérico, comprensivo tanto del abandono de destino propiamente dicho, como de la no reincorporación. Sin embargo, la necesidad de una interpretación literal estricta de los tipos penales, que se impone en la mayoría de los casos como consecuencia del principio de legalidad penal en su faceta de principio de tipicidad, unida en este caso al contraste que presenta la redacción del artículo 120 con la de los artículos 119 y 119 *bis* (interpretación sistemática), nos debe llevar a excluir del ámbito de la acción típica constitutiva del delito de deserción la conducta de quien se ausenta de su unidad, destino o lugar de residencia, justificada o injustificadamente (pues repárese en que el artículo 120, a diferencia del 119 y del 119 *bis*, no incluye el término «injustificadamente»), sin el ánimo de sustraerse de manera permanente al cumplimiento de sus obligaciones militares, aunque en un momento posterior surja esa intención y, como consecuencia, ya no se produzca la reincorporación al destino.

C) *El «ánimo de sustraerse permanentemente a sus obligaciones militares» como elemento subjetivo del injusto en el delito de deserción*

En principio, los aspectos subjetivos de los delitos, relativos a la intencionalidad del sujeto, se estudian dentro del apartado dedicado a la culpabilidad. Sin embargo, determinados tipos penales requieren, como uno de los elementos constitutivos de la propia acción típica, un específico ánimo en el sujeto, sin la presencia del cual, no es que falte la culpabilidad («no hay pena sin dolo o culpa», artículo 2 del Código penal militar), o la conducta se vuelva conforme a derecho, sino que, simplemente, la acción del sujeto carece de tipicidad, no coincide con la descrita por la norma (falta de adecuación a tipo). Pues bien, la deserción, en su configuración subjetiva o espiritualista, se caracteriza por ser una de estas figuras delictuales que contienen en la descripción de su acción típica lo que la doctrina llama un «elemento subjetivo del injusto».

Llevar al momento de la tipicidad elementos de carácter anímico produce, sin embargo, ciertas perturbaciones, que se manifiestan sobre todo en el terreno procesal. Así, es indudable que las dificultades de prueba, que en

nuestro Ordenamiento jurídico se pueden entender inherentes a todo delito por la vigencia de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, se acentúan cuando, además de probar que el imputado ha realizado determinada conducta, hay que demostrar que lo hizo con una muy concreta intención subjetiva. No obstante, esto no significa, contra lo que ha sido repetidamente alegado por los defensores del sistema objetivo o formalista de concepción de la deserción, que la prueba sea en la práctica poco menos que imposible.

Fijándonos en los Estados Unidos de América, que es uno de los países cuya legislación penal militar acoge el sistema subjetivo o espiritualista, nos encontramos con que el *Manual for Courts-Martial, United States, 1984*, aprobado por Orden Ejecutiva del Presidente número 12473, establece que «la intención de abandono permanente debe apreciarse en cada caso sobre la concurrencia de circunstancias que la hagan evidente, tales como: que la duración de la ausencia fuese considerable; que el acusado se deshizo o intentó deshacerse del uniforme; que adquirió un billete para lugar lejano o fue arrestado, aprehendido o detenido en punto distante del de su destino, que habiendo tenido ocasión de entregarse no lo hizo; que mostraba disgusto en su unidad, buque o destino; que murmuraba sobre su intención de desertar; que se encontraba sometido a procedimiento o arrestado; que realizó actos indicativos de su intención de no regresar —por ejemplo, saldó sus cuentas—; que se alistó en otra fuerza o unidad sin revelar su situación o entró a formar parte de una fuerza extranjera sin autorización de los Estados Unidos» (tomado de García Labajo, «Delito de deserción militar», en *Comentarios al Código penal militar*, cit., pág. 1513).

En nuestro Derecho, circunstancias como las que se acaban de mencionar, debidamente probadas, podrían constituir, no presunciones *ad hominem* contrarias al acusado, pero sí indicios que, valorados en conjunto y apreciados en conciencia por el juzgador, podrían ser capaces de generar en éste la convicción suficiente para considerar probada la existencia del *animus deserendi*. Cabía también la posibilidad de haber introducido en el artículo 120 del Código penal militar, como en algún momento propuso el Profesor Millán Garrido, verdaderas presunciones legales *iuris tantum* de la intención de desertar, mas no se hizo, lo que, a nuestro juicio, ha redundado en una mayor economía normativa.

Finalmente, sobre la forma concreta en que ha quedado expresado en el artículo 120 el *animus deserendi* («con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares»), parece correcta y no plantea problemas interpretativos que merezcan un comentario más detallado.

D) *Los plazos en el delito de abandono de destino o residencia*

La primera cuestión que hace falta abordar con respecto a los plazos que aparecen en la tipificación legal del delito de abandono de destino o residencia es la de su naturaleza jurídica, que ha sido durante largo tiempo objeto de controversia para la doctrina científica y para la jurisprudencia: así, se ha querido ver en ellos una presunción *iuris et de iure* de la intención de desertar, una condición objetiva de punibilidad, el resultado del delito o, para acabar, un elemento más (de carácter objetivo) integrante de la acción típica. Sin embargo, siguiendo a la mejor doctrina, se debe considerar resuelta la polémica en favor de la última de las posiciones citadas, de conformidad con los argumentos que, de una manera muy breve, se expondrán a continuación.

En efecto, hay que concluir que los plazos no son la objetivación de la intención de desertar, por la razón de que ese elemento anímico es irrelevante en el delito de abandono de destino o residencia, de factura puramente objetiva o formalista; tampoco se pueden entender como condición objetiva de punibilidad, ya que esa clase de elementos de la acción típica son independientes de la voluntad del sujeto, en tanto que, como tendremos ocasión de ver, los plazos han de ser abarcados también por la culpabilidad; finalmente, no hay resultado en los delitos de simple omisión, con lo que difícilmente podrá considerarse que los plazos cumplan esa función.

Por otra parte, los plazos, como se ha tenido la oportunidad de ver, sirven para separar el terreno del delito del de la infracción disciplinaria. En consecuencia, al tiempo que se reformó el Código penal militar, se modificaron también, a través de la Disposición adicional décima de la Ley del Servicio Militar, los correspondientes artículos de la Ley orgánica 12/ 1985, de 27 de Noviembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, especialmente el apartado noveno del artículo 8 y el vigésimotercero del artículo 9, para adaptarlos al nuevo régimen punitivo de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia.

Pasando a analizar la regulación de los plazos recogida en los actuales artículos 119 y 119 *bis* del Código penal militar, su duración, en el caso del primero de los artículos citados, es la misma que la que estaba prevista en el antiguo artículo 119: «más de tres días» en tiempo de paz y «más de veinticuatro horas» en tiempo de guerra; en cuanto al artículo 119 *bis*, habla de «más de quince días» y de «más de veinticuatro horas», respectivamente.

No hace falta extenderse demasiado sobre la justificación de estas distinciones: por una parte, ya se ha dicho que la ampliación del plazo en el artículo 119 *bis* tiene como fin principal, a nuestro juicio, trasladar al ámbito de

lo disciplinario las ausencias injustificadas de menor entidad y más frecuente comisión; por lo que se refiere a la reducción a veinticuatro horas en tiempo de guerra, general para militares profesionales y de reemplazo, se basa en la mayor trascendencia que adquiere el exacto cumplimiento del deber de presencia en aquellos momentos en que la posibilidad de que las Fuerzas Armadas entren en acción para cumplir sus misiones constitucionales está más cercana y, por tanto, aumenta la relevancia de la intangibilidad de sus efectivos. Esta reducción da lugar, en realidad, a que surja un tipo agravado y común del delito, pero, dado que todos sus elementos, salvo el del plazo, son idénticos a los de los dos subtipos básicos, no resulta necesario analizarlo por separado. El concepto de «tiempo de guerra» viene definido en el artículo 14 del Código penal militar.

Sobre la forma de cómputo de los plazos, hay que hacer notar que en la versión inicial del Código penal militar de 1985 había una pequeña diferencia entre el artículo 119 y el 120: en el primero la única referencia al cómputo era la que aparecía en el inciso «o no se presentare, pudiendo hacerlo, *transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación*»; en el segundo, en cambio, se matizaba «transcurrido el plazo de tres días, *que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia*». Esta referencia a las «tres noches», por lo demás tradicional en nuestro Derecho penal militar, hacía surgir la duda de si había que atender a la noche natural del antiguo artículo 7 del Código civil (desde que se pone hasta que sale el sol), como proponía el Profesor Millán Garrido, o a la «noche militar» (desde el toque de retreta al de diana), de acuerdo con la postura del Comandante Auditor García Labajo.

En cualquier caso, la discusión ha quedado superada, al tomar el legislador de 1991 como modelo para la reforma el artículo 119 original y no el 120, con lo que ahora se habla simplemente de «más de tres días». Los cuales, ante la falta de una específica regulación penal militar sobre la cuestión y de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4 del Código civil («las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»), se computarán con arreglo a lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 5 de ese cuerpo legal, que dice que «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». Así pues, tanto el día en que el culpable «se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia», como, en su caso, aquel otro «en que debió efectuar su reincorporación», no se cuentan y el plazo vence, consumándose el delito, a las cero horas del cuarto día computado de esta manera.

Las veinticuatro horas previstas para el tiempo de guerra, en cambio, parece que han de contarse de momento a momento, aunque esto puede producir algún problema en los supuestos en que sea imposible determinar cuál fue la hora exacta en que se produjo el abandono de la unidad, destino o lugar de residencia, o cuál el momento en que debió efectuarse la reincorporación. Opina el Comandante Auditor García Labajo, a quien estamos siguiendo en este punto («Delito de abandono de destino o residencia», en *Comentarios al Código penal militar*, cit., pág. 1493), que, en caso de que aparezca tal imposibilidad, habrá que recurrir de nuevo al cómputo civil.

Por último, los tres días o las veinticuatro horas deben ser consecutivos e ininterrumpidos. En cuanto a las dificultades que puede introducir en el cómputo el régimen de horarios del personal militar, serán tratadas en el apartado siguiente, al abordarse el estudio de las causas de exclusión de la antijuridicidad.

VI. ANTIJURIDICIDAD

A) *En el delito de abandono de destino o residencia*

Aún habiéndose realizado en todos sus extremos la acción típica, es posible que ésta resulte ajustada a Derecho y no surja responsabilidad criminal, gracias a la concurrencia de alguna de las causas de exclusión de la antijuridicidad (causas de justificación) que el Ordenamiento jurídico-penal admite. El vigente Código penal militar, sin embargo, no contiene un elenco propio de tales de causas y se remite, a través de su artículo 21, al Código penal común. Ahora bien, en el delito de abandono de destino o residencia, dentro de la descripción de la acción típica, tanto en el artículo 119 como en el 119 bis, se ha incluido un elemento especial de la antijuridicidad, que consiste en la exigencia de que el sujeto activo *«injustificadamente se ausentare»*.

No resulta claro el alcance exacto de esta causa específica de exclusión de la antijuridicidad, porque suscita dudas la interpretación que se le deba dar al término «injustificadamente». Si se entiende de manera restrictiva, entonces su función se reduce a excluir la antijuridicidad de las ausencias autorizadas legalmente, sea por la concesión de un permiso, sea por la aplicación del régimen de horarios del personal militar; por el contrario, si se interpreta de forma extensiva, abarcará también todos aquellos supuestos en que concurre una causa o motivo que, a criterio del juzgador, sea lo suficientemente fundado y razonable para justificar la infracción del deber de presencia, aun cuan-

do no se haya solicitado el correspondiente permiso. Por otra parte, en este último caso habrá que concluir que el «injustificadamente» afecta tanto al «se ausentare» como al inciso «no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación».

La defensa de la interpretación extensiva de la expresión «injustificadamente» la desarrolla el Comandante Auditor García Labajo en el capítulo «El delito de abandono de destino o residencia» de los *Comentarios al Código penal militar* que se han venido citando y se basa en que, a su entender, de adoptarse la otra solución hermenéutica, el inciso que nos ocupa devendría innecesario, ya que el militar que, al abrigo de un permiso o por aplicación del régimen de horarios del personal militar, abandona su unidad, destino o lugar de residencia y permanece ausente durante el periodo de tiempo autorizado, en realidad no hace otra cosa que ejercer un derecho, con lo que está amparado por la causa de justificación undécima del artículo 8 del Código penal, en relación con el artículo 21 del Código penal militar.

No nos parece, sin embargo, suficiente tal explicación para llegar a admitir que, en un sistema penal de estricta legalidad como es el nuestro, que relaciona taxativamente las causas de exclusión de la responsabilidad criminal en el artículo 8 del Código penal, se deje a la apreciación abierta del juzgador la antijuridicidad de la acción típica de un delito. Si en la ausencia no autorizada concurre alguna circunstancia que pueda hacer desaparecer la antijuridicidad de la conducta, para que sea tenida en cuenta por el Tribunal, deberá conducirse a alguna de las causas de justificación del artículo 8 del Código penal, entre las que no cabe duda que resultará de gran utilidad la causa séptima, es decir, el estado de necesidad.

Ciertamente, esta postura puede dejar vacía de contenido sustantivo la expresión «injustificadamente» de los artículos 119 y 119 *bis* del Código penal militar, al rebajar su función a la de simple remisión normativa, pero tal consecuencia resulta menos perturbadora para el Ordenamiento jurídico-penal, como sistema coherente basado en determinados principios, que la que derivaría de la aceptación de la interpretación desecheda.

Por otra parte, aun siendo la cláusula «injustificadamente» una remisión, es posible entender que tiene como finalidad específica la de descartar de raíz la persecución penal en los frecuentes casos en que la acción típica va a resultar ajustada a Derecho por la existencia de un permiso o autorización. En efecto, en estos supuestos, a diferencia de lo que ocurre con causas de exención de la responsabilidad criminal como el citado estado de necesidad, ninguna ponderación de bienes jurídicos en conflicto es necesaria, porque, sencillamente, el bien jurídico que protege la norma ha dejado de existir de ma-

nera temporal: si se cuenta con un permiso, no hay deber de presencia, sino libertad para ausentarse.

Por lo que se refiere al problema que se plantea cuando coinciden dentro del periodo de ausencia injustificada sábados y domingos, días durante los cuales parte del personal militar está relevado de su deber de presencia (aunque no de la obligación de permanecer en su lugar de residencia), sin necesidad de permiso o autorización, la solución que parece más satisfactoria, aun cuando se debe formular con ciertas reservas, es la de no tomarlos en cuenta para el cómputo, abandonando de manera excepcional la aplicación supletoria de la legislación civil («en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles», dice el párrafo tercero del artículo 5 del Código civil), con lo que vendrían a considerarse a estos efectos como inexistentes. El motivo es que durante dichos días desaparece *ex lege* el deber de presencia, de lo que se sigue que no puede considerarse antijurídica la conducta del sujeto.

B) *En el delito de deserción*

Hasta aquí sólo se ha hecho referencia al delito de abandono de destino o residencia, y es que la lectura del artículo 120 del Código penal militar muestra que éste no contiene la expresión «injustificadamente». Una primera valoración de este hecho puede ser la escasa relevancia de tal omisión del legislador, dado que acabamos de concluir que el adverbio en cuestión no es más que una remisión a las causas de justificación genéricas. Además, si se acepta que tiene también la función de llamar la atención del intérprete sobre los abundantes casos en que ausencias que integran la acción típica son conformes a Derecho por la existencia de un permiso o autorización, la innecesariedad de introducir una advertencia semejante en el delito de deserción resulta igualmente patente.

En efecto, el deber de prestación del servicio militar, bien jurídico directamente protegido por la existencia del tipo del artículo 120, no desaparece, ni siquiera de forma transitoria, cuando al militar le ha sido concedido un permiso o autorización que le releva de su deber de presencia, sino sólo cuando, o bien el sujeto de que se trate ha dejado de ser militar, o bien ha pasado a determinadas situaciones administrativas que implican también la no sujeción a la legislación penal militar. Pero, entonces, ese individuo ya no podrá ser sujeto activo del delito de deserción, ni tendrá relevancia el «ánimo de sustraerse permanentemente» al cumplimiento de unas obligaciones militares

que han cesado de existir: en definitiva, la conducta no será adecuada a tipo y carecerá de sentido preguntarse por su antijuridicidad.

Es preciso referirse también a la mayor dificultad que existirá en los supuestos de desertión para apreciar el estado de necesidad justificante, frente a lo que ocurre en el abandono de destino o residencia. Ya se ha destacado, al tratar de los bienes jurídicos protegidos por la existencia de estos delitos, que el deber de prestación del servicio es de superior relevancia que el deber de presencia, comparación que se puede plantear en estos términos tan sencillos debido a que el segundo no es más que una concreción inmediata del primero. Así, será más fácil encontrar bienes jurídicos cuyo conflicto con el deber de presencia se resuelva mediante el sacrificio de éste, que bienes que prevalezcan sobre el deber genérico de prestación del servicio militar y puedan justificar un abandono definitivo de las Fuerzas Armadas por la vía de hecho, es decir, sin la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente.

Por último, como consecuencia de todo lo que se ha venido diciendo, se cometerá el delito de desertión siempre que se abandone la unidad, destino o lugar de residencia con *animus deserendi*, aunque la ausencia esté justificada desde la óptica del delito de abandono de destino o residencia por la existencia de una autorización o permiso (por ejemplo, si se aprovecha un permiso para desertar), o por el régimen de horarios del personal militar, puesto que, conviene repetirlo, estas circunstancias eximen del deber de presencia, pero no del deber genérico de prestación del servicio militar. El problema será que las dificultades para encontrar indicios que ayuden a probar el *animus deserendi*, en tanto no vuelva a surgir el deber de presencia y no se produzca la incomparecencia del sujeto en su unidad, destino o lugar de residencia, aumentarán enormemente, porque, en la práctica, la infracción del deber de disponibilidad para el servicio suele ser el punto de partida para demostrar que el sujeto tenía al ausentarse la intención de sustraerse de modo permanente al cumplimiento de sus obligaciones militares.

Sin embargo, la demostración de que en el momento en que se produjo ese abandono justificado del destino concurría el elemento subjetivo del injusto es también la única manera de conseguir que se castiguen como desertión por lo menos algunos de los supuestos de no reincorporación debida a la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares. En efecto, una interpretación del artículo 120 ajustada a las exigencias del principio de tipicidad, como se ha visto al tratar de la acción típica, impone la no adecuación a tipo de las ausencias producidas por no reincorporación en las que el *animus deserendi* surge después de que el sujeto ha

abandonado, tanto sea justificada como injustificadamente, su unidad, destino o lugar de residencia.

VII. CULPABILIDAD

A) *Elementos comunes de la culpabilidad en los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia*

En primer lugar, hemos de advertir que este apartado se va a centrar en el estudio de las formas de culpabilidad, el dolo y la culpa, en la actual regulación de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, quedando a un lado, por no presentar peculiaridades notables, las cuestiones de la imputabilidad del sujeto activo y de la reprochabilidad o exigibilidad de conducta adecuada a norma.

En efecto, el artículo 21 del vigente Código penal militar se remite *in totum* a las causas de exención de la responsabilidad criminal del artículo 8 del Código penal, que es el precepto de nuestro Ordenamiento jurídico que regula la inimputabilidad (causa primera del artículo citado, dado que la segunda y la tercera resultan inaplicables a los delitos que nos ocupan) y la inexigibilidad. Con respecto a esta última, hay que decir que la causa décima del artículo 8 del Código penal, que contempla los supuestos de miedo insuperable, se aplica también a los militares, al no prohibirlo el vigente Código penal militar. Tampoco plantea particularidades dignas de mención el estado de necesidad excusante y, en cuanto a la obediencia debida, su alegación en relación con estos delitos es difícil de imaginar, sobre todo si se tiene en cuenta el segundo inciso del artículo 21 del Código penal militar.

En consecuencia, reenviamos al lector, por lo que se refiere a estos aspectos, a las obras de teoría general del Derecho penal y lo mismo vale para el error, ya sea de prohibición o de tipo, pues, al no aparecer tratado de manera específica por el Código penal militar, se regirá por los artículos 6 *bis* a) y 6 *bis* b) del Código penal común, por efecto de la remisión contenida en el artículo 5 del primero de los textos legales citados.

Por lo demás, el análisis de las formas de culpabilidad en los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia resulta relativamente sencillo. Esto se debe a que el artículo 20 del Código penal militar, párrafo segundo, dispone que «las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga» y, como los artículos 119, 119 *bis* y 120 no prevén de manera expresa la punición de las correspondientes figuras

culposas, se puede partir sin más de que en los delitos que estamos estudiando sólo cabe la comisión dolosa.

B) *El dolo en el delito de deserción*

El delito de deserción en el sistema subjetivo o espiritualista no admite en ningún caso la comisión culposa, y esto sería así aun en el caso de que el Código penal militar no contuviese una cláusula como la del párrafo segundo de su artículo 20. La presencia en el tipo de un elemento subjetivo del injusto excluye toda posibilidad de imprudencia punible y también el llamado «dolo eventual», que es una forma de culpabilidad, a medio camino entre el dolo propiamente dicho (dolo directo) y la culpa, consistente en que el agente se representa como probables las consecuencias antijurídicas de su actuar y, a pesar de ello, actúa, asumiendo éstas, aunque su voluntad no se hallaba ordenada de manera directa a producir las.

C) *El dolo en el delito de abandono de destino o residencia*

Las formas de la culpabilidad generan alguna dificultad más en el caso del delito de abandono de destino o residencia. Para empezar, nada hay en la naturaleza de esta figura que haga imposible la tipificación de la comisión culposa e, incluso, ello podría resultar recomendable.

Hay que tener en cuenta a este respecto que el dolo debe abarcar todos los elementos de la acción típica, es decir, tanto la ausencia en sí misma considerada, como el que ésta se extienda durante los plazos legalmente establecidos para la consumación del delito. De la misma manera, ha de alcanzar también al carácter injustificado del abandono de destino o residencia, pero, si éste no se hallase cubierto por la culpabilidad del sujeto, se nos presentaría un caso corriente de error sobre la prohibición, lo que nos releva de extendernos sobre el tema.

Ahora bien, las complicaciones probatorias que pueden nacer de esta necesidad de que el dolo abarque todos los aspectos de la conducta del sujeto son fáciles de imaginar, pues será necesario demostrar, no sólo que el sujeto buscaba de propósito la infracción del deber de presencia ausentándose injustificadamente de su unidad, destino o lugar de residencia, o no presentándose de nuevo a él cuando debía hacerlo, sino también que deseaba de manera intencionada prolongar esa ausencia durante el plazo de tiempo fijado por la ley para la consumación del delito.

La apreciación del dolo eventual, sin embargo, servirá para atenuar estas dificultades de prueba, al permitir la punición en los supuestos en que el sujeto no quería maliciosamente permanecer ausente por todo el plazo necesario para la consumación del delito, pero se había representado la probabilidad de que su ausencia se extendiera durante ese tiempo y, a pesar de todo, puso en práctica su intención de infringir el deber de disponibilidad para el servicio. Como en el delito de abandono de destino o residencia no hay ningún elemento subjetivo del tipo, esta forma de culpabilidad, introducida por la doctrina y admitida por la jurisprudencia, es perfectamente aplicable.

Para acabar, se debe descartar, a nuestro entender, que el inciso «pudiendo hacerlo», que aparece en los artículos 119 y 119 *bis* después de «o no se presentare», baste para tipificar la comisión culposa del delito de abandono de destino o residencia en los casos en que el sujeto, «pudiendo hacerlo», no haya empleado la diligencia necesaria para posibilitar su reincorporación a la unidad, destino o lugar de residencia del que se ausentó: como ya se ha visto, el artículo 20 exige que el castigo de la comisión culposa se disponga de modo expreso, y aquí no cabe duda de que no se da ese requisito.

En consecuencia, habrá de entenderse que ese inciso tiene únicamente la función de recordar al juzgador que, por muy objetivo o formalista que sea el carácter del tipo penal, el delito de abandono de destino o residencia no se consuma si la no presentación del sujeto se debe a la aparición, antes del transcurso del plazo legal, de causas de fuerza mayor que la hacen imposible. Pero, por un lado, en estos casos, más que faltar la culpabilidad, lo que no hay es acción, es decir, no se puede hablar de un acto libre realizado por un ser humano, y, por otro, la fuerza mayor ya está contemplada como causa de exención de la responsabilidad criminal en el número noveno del artículo 8 del Código penal común, al que de nuevo se llega a través de la remisión del artículo 21 del Código penal militar, con lo que se puede concluir que el «pudiendo hacerlo» deviene innecesario.

VIII. GRADOS DE EJECUCION

En cuanto a la consumación, en el delito de desertión se produce en el mismo instante en que el sujeto se ausenta de su unidad, destino o lugar de residencia, concurriendo el «ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares»; en el de abandono de destino o residencia, cuando transcurren los plazos legales de ausencia injustificada.

Al encontrarnos ante delitos de simple omisión, no caben en principio las formas imperfectas de ejecución, aunque la jurisprudencia, dentro del antiguo sistema objetivo o formalista, tendía a apreciarlas (de forma incorrecta) para poder castigar penalmente las ausencias injustificadas con *animus deserendi* que no llegaban a durar el plazo de tiempo exigido por la ley debido a la aprehensión del sujeto.

Esta exclusión de la tentativa y la frustración es absoluta en el abandono de destino o residencia, porque, o transcurre el plazo legal de ausencia injustificada y hay consumación, o no transcurre y desaparece la tipicidad penal de la conducta, que se convierte en infracción disciplinaria: *tertium non datur*. En cambio, en la deserción la cuestión podrá resultar más dudosa, sobre todo cuando se trate de supuestos en que, existiendo el *animus deserendi*, se haya frustrado el abandono de la unidad, destino o lugar de residencia por una causa ajena a la voluntad del sujeto, mas, a nuestro juicio, se debe mantener la atipicidad de la tentativa y la frustración, pues, de admitir el castigo penal cuando aún no haya habido ausencia, se produciría un adelantamiento desmedido de la barrera punitiva, sancionándose penalmente lo que no constituyen sino simples tendencias internas del individuo.

IX. AUTORIA Y FORMAS DE PARTICIPACION

Sobre la autoría, lo único destacable es que la deserción y el abandono de destino o residencia son delitos de propia mano, ya que el injusto consiste en la infracción de deberes de carácter personal, y, en consecuencia, no pueden ser cometidos utilizando a otro individuo para ello. En cambio, las formas de participación presentan más peculiaridades, porque reciben un tratamiento penal específico en el artículo 129 del Código penal militar (incitación, apología, auxilio y encubrimiento), pero este precepto no fue reformado en 1991 y, por ello, quedan fuera del objeto de nuestro estudio. En los *Comentarios al Código penal militar* citados repetidamente en esta exposición, puede consultarse el capítulo correspondiente (págs. 1601 y sigs.), a cargo del Comandante Auditor Magistrado FERNANDEZ RODERA.

X. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Desaparecida la atenuante específica del párrafo tercero del artículo 120, que producía graves problemas interpretativos al prever la imposición de la

pena inferior en grado al desertor que en tiempo de paz se presentaba voluntariamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación del delito, olvidando que el límite inferior de la pena establecida para la deserción era de tres meses y un día de prisión y que, por tanto, el artículo 40, párrafo primero, del Código penal militar hacía imposible tal rebaja, ya no existen particularidades en los delitos que nos ocupan. Se rompe así la larga tradición legislativa de prever atenuantes específicas en la deserción, por lo general consistentes en tratar de modo más benévolo la primera infracción cometida en tiempo de paz.

Sin embargo, es necesario advertir que el mencionado párrafo primero del artículo 40 del Código penal militar va a seguir produciendo perturbaciones en el delito de abandono de destino o residencia a la hora de la individualización de la pena, pues, al mantenerse el límite mínimo de ésta en los tres meses y un día de prisión, resultan inaplicables los artículos 36 y 37 del Código penal militar, que prevén la posibilidad de la imposición de la pena inferior en grado cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, o la circunstancia segunda del párrafo primero del artículo 22, o una eximente incompleta.

Por lo que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que regula expresamente el Código penal militar para todos los delitos militares en su artículo 22, la atenuante primera, «para las clases de tropa o marinería... no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas», no plantea ninguna dificultad y podrá ser aplicada en los delitos de deserción y de ausencia de destino o residencia. El transcurso del plazo de treinta días se apreciará en relación con el momento de la consumación del delito.

Más matizaciones requiere la atenuante segunda; «haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso». Con respecto a los antiguos delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, ambos de factura objetiva o formalista, similar a la de los actuales tipos de los artículos 119 y 119 bis, la jurisprudencia era muy reuente a admitirla, porque razonaba, a nuestro entender con acierto, que la necesidad del transcurso de un plazo de tiempo para la consumación del delito borraba la relación de inmediatez entre la provocación y la comisión del delito y, además, reducía en la mayoría de los casos la intensidad del estado pasional o emocional del sujeto.

Esto, sin embargo, no vale para el nuevo delito de deserción, de configuración subjetiva o espiritualista, que no exige el transcurso de plazo algu-

no para su consumación. Por tanto, parece que aquí sí se podrá apreciar la atenuante segunda del artículo 22 del Código penal militar, aunque es de temer que, sea por parte de la doctrina, sea por parte de la jurisprudencia, se busquen nuevos obstáculos para ello, quizás a través de la alegación del discutido carácter permanente del delito.

Por último, la única agravante que contiene el artículo 22, es decir, la reincidencia, no presenta ninguna nota especial cuando se ha de aplicar a los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia.

XI. PROBLEMAS CONCURSALES

Los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia pueden entrar en concurso principalmente con los delitos de abandono de servicio y contra los deberes del centinela de los artículos 144 y 146 del Código penal militar. Así ocurrirá siempre que, en el momento en que el culpable se ausente de su unidad o destino, esté cumpliendo un servicio de armas o transmisiones, el cual, además, puede ser el de centinela. Conviene advertir, antes de continuar, que no se va a hacer referencia al artículo 145 (salvo en lo que atañe al abandono en tiempo de guerra de un servicio de los no comprendidos en el artículo 144) ni a los números segundos de los artículos 144 y 146, porque tratan del abandono de servicio o del puesto de centinela en circunstancias críticas o ante el enemigo y, por lo tanto, entrarán en concurso, en su caso, con los «Quebrantamientos especiales del deber de presencia» de la Sección tercera del Capítulo III del Título VI del Libro II del Código penal militar.

Pues bien, parece que la solución de los problemas concursales que estamos tratando han de venir por la vía de la aplicación de las normas del concurso ideal (art. 71 del Código penal común): hay un mismo hecho, la ausencia, que constituye dos delitos diferentes, ya que el desvalor jurídico de la conducta del sujeto no se ve íntegramente abarcado, ni por los artículos 144 o 146, ni por los artículos 119, 119 *bis* o 120. En efecto, los primeros sólo castigan la infracción de deberes específicos y no pretenden proteger el deber genérico de prestación del servicio militar ni el deber de presencia, que, aunque concreción del anterior, sigue siendo más amplio que los otros. Asimismo, esta mayor amplitud de los deberes de presencia y de prestación, su generalidad, impide que los artículos 119, 119 *bis* y 120 contemplen de manera completa el desvalor de conductas en las que, al peligro abstracto que para el potencial bélico del Estado supone la deserción o el abandono de des-

tino o residencia, se le añade un peligro mucho más concreto para la eficacia de la unidad militar a la que estaba destinado el sujeto, producido por el abandono de un servicio de armas o transmisiones determinado, o del puesto de centinela, por parte de quien lo estaba prestando.

Esa mayor concreción del peligro explica también, como se ha adelantado en otro lugar de este trabajo, que las relaciones entre el delito de desertión y los «Quebrantamientos especiales del deber de presencia» de los artículos 121 y 122 del Código penal militar sean concursales y no de especialidad (ni de lo contrario, es decir, de absorción del tipo más específico por el más genérico). En consecuencia, cuando un militar se ausenta de manera injustificada de su unidad frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, nos hallamos otra vez ante un mismo hecho que constituye dos delitos diferentes, y habrá que aplicar las normas del concurso ideal.

En cuanto a las relaciones de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia con la sedición militar del artículo 91 del Código penal militar, aquí sí que se puede hablar de absorción de las primeras figuras por la segunda, al menos sobre el plano teórico y teniendo en cuenta sólo el desvalor jurídico de las respectivas acciones típicas. Sin embargo, la aplicación del artículo 68 del Código penal común («los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometido»), a través de la remisión del artículo 5 del Código penal militar, obligará en los casos en que la sedición militar se cometa en tiempo de guerra y el sujeto sea mero ejecutor (o incluso cabecilla, Oficial o Suboficial si el concurso es con la desertión) a calificar la conducta por los artículos 119, 119 *bis* o 120, y no por el 91.

Para acabar, es necesario abordar la conexión que puede presentarse en la práctica entre el delito de desertión del artículo 120 y el nuevo párrafo tercero que la Disposición adicional octava de la Ley del Servicio Militar ha introducido en el artículo 102 del Código penal militar. En principio, ambos tipos se diferencian nítidamente en función de las respectivas acciones típicas: abandono de la unidad, destino o lugar de residencia con la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares en un caso y desobediencia consistente en rehusar al cumplimiento, también de forma permanente, de esas mismas obligaciones en el otro; sin embargo, surgirán problemas concursales si a la inicial desobediencia sigue un abandono de la unidad, destino o lugar de residencia, en el que, dada la actitud del sujeto, no cabrá ya duda alguna de que concurre el *animus deserendi*.

A primera vista, parece que debería tratarse de articular un concurso real, pero un estudio de los bienes jurídicos protegidos por estos tipos nos lleva a descartarlo. En efecto, el nuevo párrafo tercero del artículo 102 del Código penal militar no sólo protege la disciplina, como el resto de las figuras de desobediencia, sino que también salvaguarda de manera directa, a nuestro juicio, el deber genérico de prestación del servicio militar, que es el bien jurídico que defiende la configuración subjetiva o espiritualista de la desertión. Así, aunque hay dos hechos diferentes, no se puede decir que el segundo, el abandono con *animus deserendi*, añade nada a la situación antijurídica nacida del primero: el deber de prestación del servicio no se infringe de forma más grave por ausentarse de la unidad, destino o lugar de residencia que por, aun permaneciendo en él, negarse a obedecer permanentemente toda y cualquier orden de los superiores. En cambio, la acción típica de la desobediencia tiene un ingrediente, el ataque frontal contra la disciplina, que falta en la desertión.

En definitiva, en el caso que estamos analizando se aplicará sólo el párrafo tercero del artículo 102 del Código penal militar, y el abandono de la unidad, destino o lugar de residencia se deberá considerar un acto posterior copenado. La verdad es que la previsión de idéntica pena para la comisión de uno y otro tipo en tiempo de paz no se compagina bien con el mayor desvalor que parece conllevar la acción típica de la desobediencia, que atenta directamente, como se acaba de decir, tanto contra la disciplina como contra el deber de prestación del servicio, pero se trata de un defecto de técnica legislativa que, a nuestro juicio, no afecta a la solución propuesta, lo que se ve confirmado por el hecho de que en la comisión en tiempo de guerra se rompa esa equiparación punitiva.

XII. PENALIDAD

La reforma de 1991 ha supuesto también un endurecimiento del tratamiento penal (aunque, desde luego, sin volver a los rigores de nuestra legislación histórica) de las conductas que lesionan los deberes de prestación del servicio militar y de presencia o disponibilidad para el servicio. El abandono de destino o residencia se castiga ahora con las penas de prisión de tres meses y un día a tres años en tiempo de paz y de tres a diez años en tiempo de guerra, que eran las previstas en el antiguo artículo 119 para los Oficiales y Suboficiales, frente a las penas de tres meses y un día a dos años y de dos a ocho años de prisión que se disponían para los individuos de las clases de tropa y marinería.

Por otra parte, la introducción de un tipo subjetivo o espiritualista de deserción, que abarca conductas que quedaban impunes desde el punto de vista penal con la legislación anterior, supone por sí misma una prueba más del endurecimiento punitivo del que estamos hablando, idea que, por lo demás, se confirma cuando se observa la penalidad prevista para el nuevo delito, que es de dos años y cuatro meses a seis años de prisión en tiempo de paz y de seis a quince años en tiempo de guerra.

En cuanto al porqué de este incremento del rigor de la legislación penal, nuevamente nos encontramos con el silencio de la Exposición de Motivos de la Ley del Servicio Militar y con la escasa atención que en los debates parlamentarios de ésta se le prestó a la reforma de los artículos 119, 119 *bis* y 120 del Código penal militar.

De una manera muy general, se puede decir que la penalidad prevista para los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia por el Código penal militar de 1985 en su versión inicial resultaba insuficiente, si se tiene en cuenta la función que les correspondía cumplir a estas figuras en ausencia de un tipo subjetivo o espiritualista de deserción. La aparición de éste, en cambio, permite mantener penas similares a las de la regulación de 1985 en el abandono de destino o residencia formalista, sin que, a pesar de ello, se pueda seguir tachando al sistema en su conjunto de excesivamente débil, ya que es en la nueva figura espiritualista de deserción donde se carga el peso del endurecimiento punitivo producido.

Sin embargo, se impone una matización en relación con el escalonamiento que presentan las diferentes penas previstas para estos delitos. Nada hay que objetar a la mayor gravedad de las penas de la deserción frente a las del abandono de destino o residencia, ni al rigor más extremado de las establecidas para la comisión en tiempo de guerra, pues en otro punto de esta exposición ya se ha destacado que esto parece correcto desde la perspectiva del desvalor de las respectivas acciones típicas. Sin embargo, el problema se plantea en los supuestos de abandono de destino o residencia que no constituyen delito, sino infracción disciplinaria, y que se han visto incrementados sustancialmente por la reforma de 1991, a través de la ampliación a quince días del plazo de ausencia injustificada cuyo transcurso es necesario para la consumación del delito en tiempo de paz, cuando el sujeto activo es un militar de reemplazo.

En efecto, dado que en el caso de las infracciones disciplinarias no cabe remisión condicional de la sanción, resultará que los autores de los abandonos de destino o residencia más leves, de menor duración, tendrán que cumplir íntegramente el castigo que se les imponga (qué, hay que recordarlo,

puede llegar hasta los tres meses de arresto, sanción disciplinaria que conlleva la privación de libertad, como la pena de prisión), en tanto que los autores de conductas más graves, siempre que se les sancione con pena no superior al año de prisión, podrán beneficiarse de la citada remisión condicional. No parece necesario extenderse sobre el carácter inconstitucional, por atentar contra los principios de igualdad ante la ley penal y de proporcionalidad, de esta injusta situación, cuya resolución exigiría una total redefinición de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario militar.

En cuanto a las dificultades, a las que se ha hecho alusión más de una vez a lo largo de este trabajo, que plantea la determinación de la pena inferior en grado a la prevista para el delito de abandono de destino o residencia, como consecuencia de la prohibición de bajar de los tres meses y un día de prisión que establece el párrafo segundo del artículo 40 del Código penal militar, es un defecto de técnica legislativa del Código que no afecta sólo a este caso ni tiene su origen en la reforma de 1991, lo que nos exime de examinarlo con mayor detenimiento.

XIII. CONCLUSIONES

La principal conclusión que cabe obtener al llegar al final de esta exposición es la posibilidad de abordar desde un nuevo punto de vista el ya antiguo enfrentamiento doctrinal entre las tesis objetiva o formalista y subjetiva o espiritualista de concepción del delito militar de desertión. Este replanteamiento de la cuestión se basaría en entender que ambas teorías no dan lugar a distintas maneras de proteger un mismo bien jurídico, sino a delitos diferentes, destinados también a salvaguardar deberes que es posible distinguir: el deber genérico de prestación del servicio militar, voluntaria o forzosamente asumido, y el deber, derivado del anterior, de presencia o de disponibilidad para ese servicio. Así, el formalismo riguroso que fracasa cuando se trata de atender a la defensa del primero, es, en cambio, apropiado para la protección del segundo; de la misma manera, la introducción en el tipo penal de un elemento subjetivo del injusto es imprescindible si se quiere articular de un modo técnicamente correcto la salvaguardia penal del deber genérico de prestación del servicio.

Es cierto que estas precisiones que se proponen pueden dejar una cierta sensación de artificiosidad o de excesiva sutileza, pero también hay que tener en cuenta que esto es difícil de evitar cuando se están manejando y delimitando bienes ideales y no objetos materiales, tangibles. Además, la suge-

rencia que se hace en este trabajo presenta, a nuestro entender, la doble ventaja de adaptarse al Derecho positivo (recuérdese la rúbrica «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar») y de conciliar dos construcciones doctrinales que no dejan de tener cada una su parte de razón.

Así, cabe entender la reforma de 1991 como el fruto de un cambio de criterio de política criminal, que ha llevado al legislador a introducir una protección penal específica, antes inexistente, para el deber de prestación del servicio militar, por medio de una figura penal en la que la descripción de la acción típica incluye como elemento subjetivo del injusto la necesidad de la concurrencia del *animus deserendi*, al tiempo que se mantiene la imprescindible salvaguarda, esta sí configurada de manera puramente objetiva, con la previsión de unos plazos de ausencia injustificada cuyo mero transcurso supone la consumación del delito, del llamado «deber de presencia», como una de las obligaciones concretas (en realidad, la primera) que se le imponen a quien está sujeto al deber genérico de prestación del servicio.

Desafortunadamente, la Ley orgánica 13/1991 no cuenta con una buena Exposición de Motivos que explicita las razones de la modificación normativa producida y oriente la interpretación de los nuevos artículos 119, 119 *bis* y 120 del Código penal militar. Esta carencia, por un lado, nos priva de un importante elemento de juicio a la hora de emitir una opinión fundada sobre la oportunidad de la reforma y, por otro, complica la resolución de las dificultades hermenéuticas que presentan estos tipos penales.

A la hora de valorar las modificaciones introducidas en 1991, es de alabar la economía expresiva que se observa en la redacción de los citados artículos 119, 119 *bis* y 120, en especial en lo referente a la descripción de las respectivas acciones típicas. Si ya en su versión inicial suponían una muy notable simplificación frente a la regulación de los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia contenida en el Código de Justicia militar de 1945, tras la reforma de 1991 esa sencillez se ha acentuado todavía más.

En cambio, la desaparición de la histórica diferenciación de tratamiento punitivo en función de la graduación, que ha llevado a la uniformidad total de trato en la figura subjetiva o espiritualista de deserción del artículo 120, mientras en el nuevo delito de abandono de destino o residencia se introduce una cierta distinción según el sujeto activo sea militar profesional o de reemplazo, merece un juicio menos encomiástico.

Aparte de que pueda discutirse la conveniencia de hacer distinciones punitivas en estos delitos, resulta criticable, en primer lugar, que no se haya conservado en uno de los dos subtipos de abandono de destino o residencia la

expresión genérica «el militar no comprendido en el artículo anterior», u otra similar, a fin de facilitar la tarea, que puede ser en ciertos casos auténticamente ardua, de determinar en qué subdivisión, si en la de los militares profesionales o en la de los militares de reemplazo, deben ser encuadrados determinados sectores del personal de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, la diferenciación del tratamiento penal a través de la ampliación del plazo cuyo transcurso es necesario para la consumación del delito, con la consiguiente degradación al ámbito de las infracciones disciplinarias de un número importante de ausencias injustificadas que antes tenían el carácter de delito, pone sobre la mesa con toda agudeza el problema de las relaciones entre el Derecho penal y un Derecho disciplinario, como es el militar, que permite la imposición de sanciones privativas de libertad. La no previsión por este último de la posibilidad de la remisión condicional de las sanciones genera fundadas dudas sobre la constitucionalidad de un sistema punitivo que, como se ha podido comprobar, castiga a efectos prácticos más gravemente en ciertos supuestos a quien comete las infracciones de menor entidad.

Sería también recomendable, aunque esto no tiene tanta importancia como lo anterior, la adición de un nuevo inciso en la descripción de la acción típica del delito de desertión, para tipificar expresamente la comisión por no reincorporación a la unidad, destino o lugar de residencia, así como la incriminación de la comisión culposa del delito de abandono de destino o residencia. Igualmente, o estaría de más la tipificación de la multireincidencia en este último delito, dado que dicha conducta posibilita la infracción del deber de prestación del servicio militar sin cometer desertión, por la vía de consumir el tiempo de permanencia en filas a base de sucesivos arrestos.

Por último, hemos de abogar, a pesar de que ésta es una cuestión que carece de una conexión directa con la nueva regulación de los delitos de desertión y de abandono de destino o residencia, por la inmediata reforma del párrafo segundo del artículo 40 del Código penal militar, a fin de que se posibilite de alguna manera la determinación de la pena inferior en grado a la de tres meses y un día de prisión. En efecto, pasados casi nueve años desde la promulgación del Código penal militar de 1985, parece que ya es hora de que el legislador corrija este evidente error.

En todo caso, estas Conclusiones deben entenderse bajo la reserva que impone el que todavía no haya empezado a conocerse un número significativo de sentencias que apliquen los tipos penales introducidos en 1991: ciertamente, la práctica diaria de los Tribunales es el crisol donde, de una manera definitiva, las normas jurídicas acaban consagrando su perfección técnica o mos-

trando sus peores defectos. A la espera de contar con esos datos decisivos, nuestra labor exegética y crítica se puede dar por terminada de momento.

BIBLIOGRAFIA

- DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: *Principios de Derecho Militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, Ed. Naval, Madrid, sin fecha.
- FERNANDEZ RODERA, José Alberto: «Incitación, apología, auxilio y encubrimiento de los delitos de abandono de destino o residencia y desertión», en *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 1601 y sigs.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco: «El marco constitucional. La Jurisdicción militar: su organización y competencia», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- GARCIA LABAJO, Juan María: «Delito de abandono de destino o residencia», en *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 1471 y sigs.
- GARCIA LABAJO, Juan María: «Delito de desertión militar», en *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 1505 y sigs. Millán Garrido, Antonio: *El delito de desertión militar*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- MONTULL LAVILLA «Contribución al estudio de la naturaleza jurídica del delito de desertión en el Derecho comparado», en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, núm. IX-1, primer semestre de 1970, Bruselas, págs. 33 y sigs.).
- MORENO CHAPARRO: «Aspectos psicosociológicos de la desertión», en *Revista de Sanidad Militar*, vol. XXXVI, Madrid, 1974, págs. 21 y sigs.
- RAMIREZ SINEIRO, José Manuel: «El vigente régimen penal de la insumisión», en *Revista General de Derecho*, núms. 580-581, enero-febrero de 1993, págs. 415 a 433.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Deserción», en *Nueva enciclopedia jurídica*, vol. VII, Ed. Seix, Barcelona, 1955, págs. 246 y sigs.
- RUBIO TARDIO, Pedro: «La desertión», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 19. Madrid enero-Junio de 1965, págs. 9 y sigs.