

# Del Delito de Abandono de Destino o Residencia

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.



SANTIAGO DE CHILE  
DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES.—IMP.

—  
1935



HÉCTOR LABBÉ DÍAZ

1935

v. 2

# Del Delito de Abandono de Destino o Residencia

20

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.



SANTIAGO DE CHILE  
DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES.—IMP.

1935



18868

Octubre 84

CATALOGADO

# INFORMES

*Santiago, Octubre 4 de 1935.*

SEÑOR DECANO:

Tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba, intitulada "Del delito de abandono de destino o residencia", que presenta don Héctor Labbé Díaz para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

El autor hace un estudio metódico y completo del delito contemplado en los artículos 308 y siguientes del Código de Justicia Militar, estudio que comprende tres partes principales: generalidades, legislación positiva chilena y legislación extranjera, tratadas en los seis capítulos en que está dividido el trabajo. Puede decirse que la materia ha sido virtualmente agotada.

Distingue primeramente el señor Labbé el delito objeto de su Memoria de otros semejantes que sanciona el Código de Justicia Militar; trata en seguida de los agentes del delito de abandono de destino o residencia, de los requisitos necesarios para su existencia; de los autores, cómplices y encubridores; de la tentativa y del delito frustrado; de la penalidad del delito con sus circunstancias atenuantes y agravantes, de ciertos casos especiales que también constituyen la referida infracción; y, finalmente, examina la legislación extranjera.

En todo momento, el autor evidencia un dominio profundo

del tema y un conocimiento vasto y sólido de los Reglamentos vigentes para las Fuerzas Armadas. Estudia el delito en todos sus aspectos y consigna su opinión personal en cada caso en que las disposiciones de nuestra ley militar se prestan a interpretaciones diversas.

Cabe mencionar sus apreciaciones acerca del castigo de la tentativa y del delito frustrado en el abandono de destino o residencia. Cualquiera que sean las objeciones que puedan formularse contra la doctrina que sustenta, la existencia de esos momentos de la generación del delito, habrá que reconocer que su opinión se apoya en sólidos argumentos. Ello confirma una vez más el concepto definido que tiene el autor del tema que trata.

Merece también especial mención la forma inteligente en que comenta las legislaciones extranjeras y en que relaciona sus disposiciones con las del Código chileno.

Finalmente, la Memoria contiene un capítulo en que se consignan las conclusiones a que llega el señor Labbé después del concienzudo estudio que hace del delito de abandono de destino o residencia. Este capítulo, al igual que los anteriores, revela mucha personalidad, pues las opiniones vertidas por el autor son el fruto de sus propias investigaciones. Antes que él, nadie estudió entre nosotros el delito en referencia y la bibliografía extranjera es bien escasa.

Para terminar, puedo decir que el señor Labbé ha conseguido plenamente su propósito de difundir el conocimiento de este aspecto de la legislación penal militar, y que es de desear que muchas de sus observaciones sean consideradas al estudiarse la reforma de esta parte del Código de Justicia Militar.

El Director que suscribe aprueba la Memoria del señor Héctor Labbé Díaz con nota de distinción.

Saluda atentamente al señor Decano,

GUSTAVO LABATUT G.,

Director del Seminario de Derecho  
Penal y Medicina Legal.

*Santiago, 9 de Octubre de 1935.*

SEÑOR DECANO:

Me es grato informar la Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, presentada por el candidato señor Héctor Labbé Díaz y que versa sobre "El delito de abandono de destino o residencia".

Se ocupa en su Memoria, el candidato, de analizar y desvanecer todas las dudas que puedan surgir respecto del delito que trata, contemplado en los artículos 308 y siguientes (Párrafo 4.º del Título VI del Libro II) del Código de Justicia Militar.

Sigue el señor Labbé Díaz, como método de su trabajo, el comparativo con otro delito similar al desarrollado por él y sancionado especialmente en el Código de Justicia Militar: el delito de desertión, que tiene aplicación sólo para la tropa o tripulación (art. 314 C. de J. M.), haciendo un verdadero paralelo entre estos dos delitos y haciendo resaltar las diversidades que hay entre ambos y que, a su juicio, no se encuentran en absoluto justificadas.

De gran interés en la Memoria en examen, es el capítulo VI, que contiene un interesante estudio de la legislación extranjera (Rusia, Argentina, España y Perú; y referencias de Uruguay, Méjico y Francia).

Aborda también el señor Labbé el interesante problema de si en el delito de abandono de destino o residencia tanto como en el de desertión, cabe o no considerar las etapas de realización del delito, o sea, la consumación, la tentativa y la frustración; revelando su argumentación en favor de su consideración, un acabado conocimiento de la doctrina penal a este respecto, así como también un completo conocimiento del Código de Justicia Militar.

La profundidad con que el candidato ha desarrollado su Memoria—revelada a lo largo de los seis capítulos en que está dividida—resalta aún más en las acertadas críticas conte-

nidas en las Conclusiones, y que estimamos muy dignas de ser tenidas en consideración en una futura reforma de nuestro Código de Justicia Militar.

Dada la dificultad extraordinaria que hay entre nosotros para abordar estos temas de la Justicia Militar, por la absoluta escasez de material bibliográfico, carencia de fuentes y falta de aplicaciones prácticas hechas por los Tribunales Especiales del Ramo, la Memoria del señor Labbé Díaz—que, además, está perfectamente redactada y bien concebida en su ordenación—merece un estímulo franco y decidido.

En mérito de las anteriores consideraciones, el profesor que suscribe aprueba la Memoria de Prueba del señor Héctor Labbé Díaz, con nota de distinción.

Saluda muy atentamente al señor Decano.

MIGUEL SCHWEITZER S.,

Profesor agregado de Derecho Penal.

---

## INTRODUCCION

Nuestra legislación penal militar se encuentra contenida desde 1926 en el Código de Justicia Militar, el que por lo mismo que constituye una legislación especial es poco conocido aún de nuestra gente de derecho, no obstante ser de aplicación diaria por los tribunales militares y que sus disposiciones tienen un largo alcance jurisdiccional, ya que estos tribunales conocen no tan sólo de delitos militares y de delitos comunes cometidos por militares, sino que también son competentes para juzgar a todos los responsables de un delito común o de varios delitos conexos si hubiere entre ellos algún individuo del fuero militar, sin distinguir entre los aforados y los que no lo sean. Es muy común el observar que los tribunales militares tramiten procesos por delitos de excepcional gravedad cometidos por civiles, como el de homicidio, por el hecho de que se cometa, conjuntamente, un delito militar, como el de ofensas públicas o de maltrato de obra, que es muy frecuente, sobre todo con respecto a Carabineros en ejercicio de sus funciones de guardadores del orden y seguridad públicas, los que son considerados por el Código comprendidos en la acepción de "militares" para los efectos de que les sean aplicables las prescripciones de este cuerpo de leyes.

Esta ignorancia del Código de Justicia Militar es explicable, sin embargo, ya que la materia no se enseña en la Universidad y, por otra parte, no hay posibilidad de que esta falta de enseñanza universitaria sea suplida mediante la adquisición de conocimientos en la práctica profesional, por tra-

tarse de una especialización que sólo puede ser ejercitada dentro de una sola rama de la administración del país, la institución militar, en la cual no tienen intervención alguna las personas ajenas a la misma. Además, no basta para tener conceptos exactos en esta materia el conocimiento, más o menos amplio, de los principios generales del derecho, dado que la legislación militar se funda en una diversidad de principios y constituye, como lo hemos dicho, una especialidad dentro del derecho, como la han reconocido siempre los tribunales al establecer que “la legislación militar es una legislación de excepción, regida por leyes especiales”. Hay que agregar, además, que la escasez de obras de consulta sobre estas materias, contribuye a hacer más notorio aún el desconocimiento de las leyes penales militares por la generalidad de las personas versadas en derecho.

Nuestros propios militares desconocen también el Código del ramo o no saben dar a sus disposiciones el alcance que ellas tienen y es bien sabido que de la ignorancia u olvido de las leyes provienen la omisión y el delito.

De aquí la necesidad de difundir la legislación penal militar en toda su amplitud.

Mientras desempeñábamos un cargo en la Justicia Militar, nos tocó conocer un proceso instruido por la Fiscalía de Santiago en contra de un General de la República, por el delito de abandono de residencia.

Este hecho, apreciado en su verdadera gravedad, ha sido el móvil que nos ha guiado a estudiar el Párrafo 4.º del Título V del Código de Justicia Militar, que trata del delito de “Abandono de destino o residencia”, delito que por primera vez considera la ley chilena y que, aunque de orden puramente militar, es de enorme importancia en las instituciones armadas, por cuanto afecta a su disciplina quebrantada por los que en ellas son los encargados de mantenerla, velando por su más estricta observancia: los oficiales.

Dividiremos nuestro trabajo en seis capítulos: en el I estudiaremos la importancia del delito, su definición y sus orígenes y las diferencias o similitudes que presenta con otros delitos; analizaremos en el II las personas que lo cometen y

las circunstancias en que se consuma; en el III capítulo trataremos de los autores, cómplices y encubridores y del delito frustrado y de la tentativa; el IV lo dedicamos a estudiar la penalidad, ya sea en tiempo de paz o de guerra y las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, como asimismo haremos un breve paralelo entre las penas aplicables al delito de desertión y al que nos preocupa; el V capítulo trata de algunas modalidades del delito; y en el VI estudiamos la legislación extranjera que rige sobre la materia. Al final formularemos algunas conclusiones.

Debemos dejar constancia que parte de las deficiencias que puedan advertirse a lo largo de estas páginas, se debe a la falta de antecedentes necesarios para ir más a fondo en el estudio que iniciamos, ya que no existe entre nosotros ni bibliografía ni jurisprudencia acerca de este delito, debido a que, como lo dijimos, el Código de Justicia Militar, que es de reciente data, regla por primera vez sobre él, y a circunstancias especiales que en la conclusión consignaremos.

No perseguimos, pues, otro objetivo al abordar el presente tema, de suyo un poco árido, que el de allegar un modesto aporte a la divulgación de la legislación especial contenida en el Código de Justicia Militar, propiciando, al mismo tiempo, una reforma de la materia que vamos a estudiar.

---



## CAPITULO PRIMERO

**Importancia, definición y orígenes del delito de abandono de destino o residencia; el abandono de servicios y el de funciones públicas en relación con nuestro tema.**

1.—Pou Ribas ha dicho que el delito de abandono de destino o residencia equivale entre los oficiales al de deserción en las clases de tropa (1).

“El cargo de Oficial, dice Gavet, es algo más que una función pública: tiene por atribución un deber. Su misión consiste en conocer a fondo este deber, practicarlo diariamente por sí mismo, enseñarlo y hacerlo practicar; el hombre que recibe las insignias de Oficial debe saber que, junto con ellas acepta el compromiso de honor de dedicarse absolutamente al deber militar nacional y este compromiso tácito, esta vocación, es lo que caracteriza al Oficial” (2).

La Ordenanza General del Ejército establecía, en su Título XXXII, varias prescripciones acerca de los deberes de los oficiales, que constituían un verdadero Código de honor para la oficialidad, disposiciones que, al quedar derogada dicha Ordenanza, han sido reproducidas casi íntegramente en el Reglamento de Disciplina del Ejército. Entre ellas merecen citarse, por estar relacionadas con nuestro estudio, aquéllas que

---

(1) NICASIO POU RIBAS.—«Código de Justicia Militar vigente, anotado y concordado». Pág. 290.

(2) GAVET.—«El Arte de Mandar». Págs. 138 y 139.

se refieren a establecer que el más grave cargo que puede hacerse a los oficiales es el de no cumplir con las leyes, reglamentos u órdenes superiores; que las faltas serán tanto más graves cuanto más alta sea la graduación del que las comete; que deben inspirar a sus subalternos, en todo momento, respeto, obediencia y confianza derivados de su propia preparación, conducta y ejemplo, cuidándose de no cometer ningún acto que pueda menoscabar su prestigio.

Esta misión que deben llenar los oficiales nos da la medida de la importancia que tiene este delito, pues si grave es la deserción, que es delito cometido por tropa, porque afecta al honor militar y quebranta la disciplina de las fuerzas armadas, mucho más grave es aún esta misma infracción cometida por los oficiales. En efecto, el daño que produce la deserción es más de orden moral que material, porque en realidad la falta de un hombre que abandona el cuerpo a que pertenece, no significa gran cosa en comparación con el ejemplo que da a los demás si este abandono no es sancionado enérgicamente, de modo que constituya una advertencia para los que pretendan imitarlo. Se comprende que de no sancionarse así la deserción, se iría, necesaria y fatalmente, a la desintegración y anarquía del Ejército. Y si por estas circunstancias son severamente penados los individuos de tropa, a quienes les falta las más de las veces una mínima cultura que les haga comprender sus deberes y obligaciones, con cuanta mayor razón deben ser sancionados los oficiales que cometen tan grave falta a la disciplina por la cual están llamados a velar, imponiéndose, principalmente, por sus actitudes ejemplarizadoras.

\*

\* \*

2. Nos ha sido imposible encontrar una definición del delito de que nos ocupamos; pero, como se ha dicho al comenzar este capítulo, equivaliendo este delito al de deserción de la tropa, sus elementos deben ser necesariamente, los mismos de este último. Para llegar, entonces, a la definición que

buscamos, anotaremos los requisitos constitutivos de la deserción.

El primero y más fundamental es el hecho de faltar al servicio con la intención de no volver a él; esta intención de abandonar definitivamente las filas de las fuerzas armadas, es tan esencial, que de no existir habría el delito de abandono de servicio simplemente y no el de deserción. Derivados de este requisito son los otros factores que intervienen en la deserción, como el tiempo y la distancia. En efecto, la ley determina que para que haya delito se debe faltar a tantas o cuantas listas o que se sorprenda a un soldado a mayor distancia que la que señala, escondido o emprendiendo la fuga. En todos estos casos—elementos del delito — no se hace otra cosa que presumir aquella intención de abandono definitivo de las filas.

Así, pues, en el delito que estudiamos—deserción de los oficiales — deben concurrir estos mismos elementos, que, unidos a lo que debe entenderse por “destino” o “residencia”, nos sirven para formular una definición.

Los términos “destino” o “residencia” en la acepción militar, no pueden considerarse sinónimos, de acuerdo con la propia terminología y con el espíritu del Código de Justicia Militar, para lo cual no tomamos en cuenta las disposiciones del Código Civil aplicables a la materia, porque, de ser así, sólo en el lugar de destino habría residencia y quedarían, por lo tanto, fuera de las disposiciones del Párrafo 4.º del Código aquellos casos en que un oficial se encontrare en comisión de servicios, contemplados expresamente en el N.º 3.º del artículo 308 del mismo Código de Justicia Militar.

De acuerdo con lo anterior, y siguiendo la definición de Estévanez, diremos que “destino” significa “la situación, ocupación o plaza que se le señala a cada uno según su empleo” (1), y “residencia” es el lugar que se le determina transitoriamente a un oficial a fin de que cumpla una comisión que no esté comprendida en sus obligaciones habituales.

Con todo lo expuesto, podemos definir el abandono de destino o residencia, diciendo que es aquel delito que cometen

---

(1) N. ESTÉVANEZ.—Diccionario Militar.

los oficiales pertenecientes al servicio de las fuerzas armadas, por el hecho de apartarse del lugar donde deben desempeñar sus funciones o por no presentarse en él dentro de los plazos señalados por la ley y presumiéndose el abandono definitivo de las filas.

Al referirnos al “lugar donde deben desempeñar sus funciones” estamos aludiendo, indudablemente, al lugar donde se desempeñan éstas, ya sea en forma habitual o transitoria, lo que no hemos querido especificar en la definición porque su sentido general nos parece claro.

\*

\* \*

3. Al recorrer las diversas disposiciones de la Ordenanza General del Ejército, que estuvo en vigor hasta el año 1926, fecha en que comenzó a regir el Código de Justicia Militar, sólo hallamos dos artículos que dicen relación con el delito que estudiamos, cuales son los números 107 del Título LXXX y 5.º del Título XXXVII. El primero de éstos al hablar de las penas que comprenden exclusivamente a los oficiales, establece: “el oficial que en cualquiera acción de guerra o marchando a ella abandonare su puesto deliberadamente, sin urgente motivo que le obligue a ejecutarlo, perderá su empleo y será declarado incapaz de volver al servicio, precediendo degradación; y si de este defecto cometido con malicia o contra todas las reglas militares resultare pérdida de la función o perjuicio que los progresos de las armas pudieran conseguir si el oficial culpado hubiere tenido más constancia, podrá extenderse la sentencia hasta la pena de muerte”.

Aunque la disposición trascrita se refiere más propiamente al abandono de servicio, puede, sin embargo, considerarse aplicable al delito que estudiamos; hacemos notar, eso sí, que ella regla únicamente para el estado de guerra y nada dice sobre las sanciones que habrían de aplicarse en tiempo de paz.

En cuanto al citado artículo 5.º del Título XXXVII, podemos decir que en él se estatuye que el que se excediere en el término de la licencia o prórroga concedida por el Gobierno

y no se presentare a su Cuerpo o destino al expirar éste, quedará suspendido de su empleo y no podrá volver a él sin ser rehabilitado por el Gobierno.

A pesar de encontrarse en la Ordenanza estas disposiciones aisladas que pueden comprender al abandono de destino, cabe decir, sin embargo, que ella no lo contempla como un delito especial que corresponda a la deserción de los oficiales, ya que en su citado Título LXXX, que trata de la deserción, sólo considera este delito propio de los individuos de tropa, pues así se desprende del contexto de sus disposiciones y de los términos generales de la misma Ordenanza.

Igual cosa se deduce del hecho que los Tribunales Militares hayan aplicado, mientras rigió la Ordenanza, las disposiciones del Código Penal referentes al abandono de funciones públicas a los oficiales que incurrían en abandono de puesto. En abono de lo que aseveramos, podemos citar la sentencia dictada por el Consejo de Oficiales, el 14 de Septiembre de 1916, y aprobada por la Corte Marcial de Concepción, el 25 de Octubre del mismo año, que condenó a X. X., Teniente de Carabineros, como autor de aquel delito.

En consecuencia, no contemplando la Ordenanza del Ejército, que es fuente de toda nuestra legislación militar, el delito de abandono de destino o residencia que castiga el Código vigente, es necesario recurrir a los antecedentes de que se valieron sus autores para redactar el Decreto-Ley N.º 806, de fecha 23 de Diciembre de 1925, que aprobó el Código de Justicia Militar, que por primera vez consideró este delito. Pero, la circunstancia desgraciada de que la Comisión Redactora del mencionado Código no dejara actas de sus reuniones ni otro documento que arroje alguna luz sobre legislaciones extranjeras u obras consultadas, ha hecho hasta ahora imposible conocer los orígenes, no tan sólo del delito que nos ocupa sino que, en general, de todas las disposiciones del Código.

Sin embargo, en nuestros afanes por llegar al conocimiento de dichos orígenes, nos hemos encontrado con un proyecto de Código Penal para el Ejército del año 1914, de que es autor don Joaquín Santa Cruz Ossa, Auditor de Guerra en aquel entonces.

Después de estudiar el Proyecto mencionado, podemos afirmar que él fué el antecedente preciso que sirvió de base para la redacción del Código de Justicia Militar, ya que las disposiciones propuestas en el Proyecto se encuentran todas contenidas, con ligeras variaciones de forma, en el Código a que aludimos.

El Proyecto en cuestión dedica el Capítulo V del Título IV, que trata de los delitos contra el orden y seguridad del Ejército, al delito de abandono de destino o residencia, y al efecto, en su artículo 171 señala tres casos constitutivos del mencionado delito, que, con pequeñas diferencias de redacción, son substancialmente iguales a los de los N.os 2.º, 3.º y 4.º del artículo 308 del Código en vigor; solamente el contemplado en el N.º 1.º de este cuerpo legal, no figuraba en el Proyecto.

Las circunstancias agravantes especiales establecidas en el mencionado Proyecto y la penalidad que señalaba al delito en los casos de guerra, son también exactamente las mismas que considera y determina el Código en los artículos 309 y 310 inciso 2.º. Para el tiempo de paz, el Proyecto distinguía entre el delito que se cometiere concurriendo una o más circunstancias agravantes y el que no estuviere acompañado de alguna de ellas; para el primer caso, establecía penas idénticas que las que el inciso 3.º del citado artículo 310 del Código, hace aplicables, sin distinción alguna, a los que abandonen su destino o residencia en ese mismo tiempo de paz, y para el segundo, indicaba las de suspensión del empleo hasta por seis meses y arresto militar en su grado máximo. Esta última situación no fué aceptada por el Código y se determinó una misma penalidad para todos los casos de delitos cometidos en ese tiempo.

Los artículos 174, 175 y 178 del Proyecto Santa Cruz, se refieren, igualmente, a los mismos hechos que el Código sanciona en sus disposiciones 311, 312 y 313 que nosotros trataremos como casos especiales constitutivos de abandono de destino o residencia, diferenciándose, solamente, en la forma de su redacción.

Establecida, como queda, la absoluta semejanza entre las disposiciones del Proyecto que venimos comentando y las que estableció el Código de Justicia Militar acerca del delito estudiado, es evidente que la Comisión Redactora del Código se limitó a incorporar en él aquellas disposiciones, introduciéndole sólo pequeños agregados y cambiando un tanto su orden, todo lo cual explicaría la falta de actas o documentos emanados de la misma Comisión a que ya nos hemos referido. Es forzoso concluir, por lo tanto, que el verdadero origen del delito de abandono de destino o residencia contemplado en el Código, es el Proyecto tantas veces aludido.

Por una gentileza del señor Santa Cruz Ossa, que nos ha facilitado los antecedentes de que se sirvió para redactar su Proyecto, hemos podido establecer que las legislaciones que consideró para proponer las diversas disposiciones del Capítulo V mencionado, fueron las de Portugal, Francia, y España, vigentes en el año 1914.

\*  
\* \*

4. El delito de abandono de servicio está considerado en el Código en los artículos 303 a 307 inclusive, y, por tener relación con el de abandono de destino o residencia con el cual pudiera confundirse, diremos algunas palabras acerca de él, haciendo notar los elementos que los diferencian.

Para que exista abandono de servicio basta que un militar se aparte momentáneamente de su puesto sin la debida autorización; o sea, no es necesaria la intención de abandonar de una manera definitiva el servicio de las fuerzas armadas, requisito indispensable para que haya abandono de destino.

El fundamento del delito de abandono de servicio es el mismo que el de abandono de destino, pues al sancionar ambos delitos se persigue el mantenimiento de la disciplina militar, y, por lo tanto, una mayor eficacia en la acción de las fuerzas armadas, como asimismo la seguridad de su existencia principalmente en el estado de guerra, que es cuando toman mayor importancia estos delitos.

Abandono de servicio pueden cometer tanto los oficiales como cualquier otro militar de categoría inferior a éstos, mientras que solamente aquéllos incurren en abandono de destino. La penalidad del primero varía, en consecuencia, según sea distinta la responsabilidad de mando de los inculpados, correspondiendo una pena más grave a una responsabilidad también mayor. Así, los castigos son severísimos en tiempo de guerra para los que tuvieren mando de guardia, patrulla, puesto avanzado, etc.

Constituye, también, abandono de servicio, el hecho de que un militar que se encuentre en cualesquiera de las situaciones recién nombradas, se embriague completa y voluntariamente. Aunque pudiéramos hacer algunas observaciones acerca de la "embriaguez completa y voluntaria" de que habla el Código, nos abstenemos de ello por no ser ése ahora nuestro propósito y sólo nos limitamos a hacer notar que aquí existe una verdadera ficción legal, por cuanto la ley presume la comisión de delito sin que él realmente se consume y por el sólo hecho de embriagarse en tales condiciones. Esta disposición se justifica, no obstante, porque, aunque si bien no hubiere en esos casos un abandono efectivo del servicio, es evidente que existirá en la práctica por la circunstancia de encontrarse el militar en dicho estado de embriaguez, que naturalmente lo imposibilita para desempeñar sus funciones.

El abandono de servicio puede constituir, también, un medio para cometer el delito de abandono de destino, ya que el servicio, en algunos casos, otorga una mayor libertad al Oficial, como ser cuando está de guardia en un cuartel, etc. Concurriendo ambos delitos, la penalidad debe aplicarse teniendo en consideración lo que veremos más adelante al tratar de las circunstancias agravantes especiales del delito de nuestro estudio, una de las cuales es, precisamente, la de cometer el delito hallándose en acto del servicio.

El artículo 254 del Código Penal, castiga con las penas de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de ciento a quinientos pesos, al empleado que sin renunciar su destino lo abandonare.

Esta disposición, como se desprende de la penalidad que establece, comprende tanto al abandono de servicio como al abandono de destino o residencia, puesto que sus penas son la suspensión o inhabilitación para el cargo, siendo esencial en la primera que el empleo se siga desempeñando, porque de lo contrario no podría haber suspensión, o sea, este caso equivaldría a un abandono de servicios militares.

La legislación militar ha debido considerar este delito común como dos delitos diferentes, atendiendo a las diversas modalidades que puede presentar en la vida militar y a la necesidad de sancionar con penas más apropiadas y severas esta clase de infracciones, de acuerdo con los principios de disciplina que imperan en las instituciones armadas.

---



## CAPITULO II

### 1. Agentes del delito de abandono de destino o residencia

En el delito de abandono de destino o residencia, como ya lo hemos expresado, sólo pueden incurrir los oficiales de las fuerzas armadas, porque este mismo delito cometido por individuos de tropa, comprendiéndose en esta denominación a los suboficiales, cabos y soldados, toma el nombre de desertión, que tiene particularidades especiales.

El artículo 308 del Código de Justicia Militar dice que: “Comete el delito de abandono de destino o residencia, siempre que no esté comprendido en las disposiciones del párrafo anterior, el oficial que se encontrare en alguno de los casos siguientes...”.

Como puede verse, el Código hace expresa excepción de los casos en que pudiera existir abandono de servicio, delito tratado en el párrafo anterior, porque ambos delitos son distintos, como ya lo dejamos expuesto en el capítulo primero.

Aunque parezca innecesario, nosotros diremos, sin embargo, a quienes comprende la acepción “oficial”, para precisar bien el alcance de la penalidad del delito.

Son considerados como oficiales de Ejército, en orden de jerarquía, los Generales, ya sea de Brigada o de División, Coroneles, Tenientes Coroneles, Mayores, Capitanes, Tenientes y Subtenientes. Cabe agregar a esta enumeración el grado de Alférez, creado por el Decreto-Ley N.º 292, de 26 de Julio

de 1932, que fijó la planta de Oficiales de Armas y de los Servicios del Ejército, grado inferior al de Subteniente.

Se comprenden también en esta categoría de oficiales, y, por lo tanto, le son aplicables las disposiciones de los artículos 308 y siguientes del Código de Justicia Militar, los oficiales de los Servicios del Ejército, como son los de Sanidad, Justicia, Administración, Farmacia, Veterinaria, etc. Su propio nombre así lo indica, y la Ley de Planta citada lo establece expresamente. En efecto, el Decreto-Ley N.º 292, considerando la conveniencia de refundir en un sólo texto las disposiciones existentes sobre la planta de oficiales de armas y de los servicios, estatuye en su artículo 1.º la forma que en definitiva tendrá dicha planta; y la Ley de Calificación y Ascensos del Ejército—Decreto-Ley N.º 294, de 26 de Julio de 1932—en el artículo 2.º expresa que “habrá un escalafón general para los oficiales de todas las armas, exceptuando a los de Tren y Servicios del Ejército, que tendrán escalafones especiales” y en el artículo 3.º, señala la jerarquía del oficial de Ejército en las armas y en los diferentes servicios.

De las disposiciones citadas, se desprende claramente, sin necesidad de mayores comentarios, que la ley considera a los oficiales de los servicios en la misma condición que los de armas. En consecuencia, el Código al referirse en el artículo 308, en estudio, al “oficial” etc., se está refiriendo también a los diversos profesionales que desempeñan funciones en los servicios del Ejército.

Y no podría ser de otra manera, puesto que todos los oficiales de los servicios tienen los mismos deberes que los de armas en cuanto a subordinación y disciplina y reciben también destinación, teniendo, por lo tanto, igualmente residencia obligatoria.

## 2. Circunstancias en que se consuma el delito

Según el N.º 1.º del artículo 308, que analizamos, comete el delito de abandono de destino o residencia el oficial que deje de presentarse dentro de cuatro días, transcurridos los plazos reglamentarios, al puesto que haya sido destinado.

La disposición de este número consagra la obligación que tienen los militares que cambian su situación personal del servicio, transitoria o permanentemente, de presentarse en el lugar que se les ha fijado como nueva destinación y prevé el caso de que un oficial, aprovechándose de la circunstancia de favorecerlo un plazo libre de toda obligación de servicio para hacer dicha presentación, no la hiciera dentro de él.

El Código, como ley de carácter general, no ha establecido cuáles son los plazos reglamentarios a que se refiere y nos deja en la obscuridad al respecto, siendo, por lo tanto, de imprescindible necesidad precisarlos.

El Reglamento para el Servicio de Guarnición del Ejército, de fecha 27 de Septiembre de 1928, modificado por el Decreto Supremo N.º 2,771, de 12 de Noviembre de 1931, al tratar de las presentaciones, señala los plazos para hacerlas y es a éstos a los que se refiere el Código.

Es aplicable al caso de nueva destinación de que trata el N.º 1.º en estudio, el artículo 179 del Reglamento mencionado, que distingue entre la destinación que se efectúa dentro de la misma División en que el oficial presta sus servicios y la que se hace de una División a otra. Para el primer caso, fija el plazo de ocho días y para el segundo determina que deberá hacerse antes del décimo quinto día después de haber sido despachado de la repartición en que anteriormente servía. Se exceptúa de estos plazos a los que presten servicios en la I División, con asiento en Antofagasta, y a los del Destacamento Magallanes, quienes tendrán una semana más.

Conviene hacer presente que en caso de destinación los oficiales deben ser despachados tan pronto como hagan la entrega de los servicios a sus cargos, entrega que deberá hacerse en los plazos que señala el artículo 32 del Reglamento de Revistas Económicas y Entregas de Unidades de 1.º de Octubre de 1930, modificado por el Decreto Supremo N.º 2,771, anteriormente citado.

En consecuencia, analizando las disposiciones del Reglamento del Servicio de Guarnición, cuyo contenido ya vimos, en armonía con lo que dispone el N.º 1.º del artículo 308 que estudiamos, hay que distinguir dos clases de infracciones que

acarrean diversas responsabilidades: una propiamente disciplinaria, que es la proveniente de la inobservancia de los plazos establecidos por el Reglamento mismo, y otra penal,—o sea, el delito de abandono de destino—que resulta de la trasgresión del que señala el Código en aquel número, por el hecho de que una vez transcurrido los ocho o quince días, según el caso, el oficial no se presentare dentro de los cuatro días siguientes.

No vemos la razón que tuvo el Código para ampliar en cuatro días más el plazo establecido por los Reglamentos y creemos que ha debido decir, lisa y llanamente, que comete delito el que no se presentare al puesto a que haya sido destinado dentro de los plazos estipulados por los respectivos Reglamentos. Si éstos determinan, como siempre ha sucedido, un tiempo prudencial para hacer las presentaciones—ocho o quince días—no hay motivos para aumentar ese plazo hasta llegar a hacerlo excesivo, pues si la presentación no se ha hecho voluntariamente, existiendo el ánimo delictuoso de abandonar el servicio, o se ha omitido por causa de fuerza mayor, no creemos que el nuevo lapso de tiempo concedido por el Código haga variar aquel ánimo o desaparecer esta causa. A mayor abundamiento, el impedido por circunstancias que constituyan fuerza mayor, tiene a su favor una causal de exención de responsabilidad penal que puede hacer valer en cualquier momento, sin sujeción a plazo alguno, en forma tal que el que le amplía el Código, no tendría ninguna importancia.

El propio artículo 283 del Código de Justicia Militar español, del cual han sido tomadas estas disposiciones de nuestro Código, establece, en relación con el presente número, que comete delito de abandono de destino el oficial que “dejare de presentarse en su destino en los plazos reglamentarios”.

Esta es, a nuestro juicio, la verdadera doctrina que ha debido seguirse, porque, por las razones que hemos visto, no se justificaría un exceso de plazo como el fijado por nuestro Código.

El N.º 2.º del mismo artículo 308, establece que comete delito el que, “sin la debida autorización faltare cuatro días

consecutivos del lugar donde tuviere su destino o residencia”.

Las autorizaciones a que se refiere este número se rigen por lo preceptuado en el Decreto Supremo N.º 2,937, de 24 de Noviembre de 1926, sobre licencias y feriados para el Ejército.

No creemos necesario referirnos en detalle a las disposiciones de este decreto, por ser ellas de carácter estrictamente reglamentario. Bástenos sólo hacer notar que dicho decreto regula sobre toda clase de licencias, permisos y autorizaciones para ausentarse del servicio, como asimismo señala los Jefes respectivos que deben otorgarlas y el tiempo por el cual se conceden. No estará tampoco demás, que hagamos presente que el término “licencia” tiene en el Ejército tres acepciones diversas de uso frecuente: es sinónimo de permiso, significado al que se refiere el Reglamento; equivale al acto por el cual se dan por terminados los servicios prestados en las fuerzas armadas en calidad de contratado o al término de los servicios de un contingente de conscripción; y, finalmente, es lo mismo que “pasaporte” o “credencial”, como lo veremos al estudiar más adelante el N.º 3.º

Siendo la lealtad una de las bases fundamentales en que descansa el respeto de los inferiores hacia los superiores, las autorizaciones de que nos venimos ocupando se conceden de palabra solamente y hace plena prueba el dicho del superior con autoridad suficiente, que ratifique la circunstancia de haber concedido un permiso. Además, el hecho de que un superior no diere cuenta oportunamente de la falta de uno de sus subordinados, significa que a éste le ha sido otorgado el permiso correspondiente.

Esto ha sido reconocido ya por sentencias de los tribunales militares. Así, en el caso que citamos en la introducción de nuestro trabajo, la Corte Marcial aprobó, por la vía de la consulta, la sentencia pronunciada por el Juzgado Militar de Santiago que sobreesía al General inculpado del delito de haber abandonado su residencia, trasladándose al extranjero, sin la autorización competente. La Corte, en su sentencia de fecha 30 de Agosto de 1932, dijo: “Que todo ésto demuestra

claramente que el General X. X. dejó el país sólo por la fuerza de las circunstancias y mediante las exigencias del Gobierno que creía solucionar así una situación política delicada, lo que envuelve una autorización tácita de sus superiores jerárquicos, el Presidente de la República y el Ministro de la Guerra, para que abandonara su residencia"... , etc. En el proceso instruído corrían declaraciones del señor Ministro de Guerra de ese entonces, quien expresaba que "en su calidad de tal, insistió en la necesidad de que el inculpa-do se ausentara del país, lo que naturalmente implicaba la autorización necesaria para que, como militar, pudiera él dar ese paso".

Nosotros reconocemos el hecho de que no existe disposición alguna que establezca una formalidad para conceder esta clase de autorizaciones; pero, sin embargo, ha sido costumbre invariable la de que ningún oficial se pueda dirigir fuera del país sin que un Decreto Supremo lo autorice para ello.

Consideramos de excepcional gravedad el hecho de que tácitamente pueda otorgarse una autorización semejante, porque no hay que olvidar que los militares son empleados del Estado, que desempeñan funciones de suyo delicadas ya que se relacionan con la propia seguridad de la Nación, que pertenecen a una institución eminentemente disciplinada, y que es, por lo tanto, peligroso dejar al arbitrio de circunstancias especiales, por graves que ellas sean, la justificación y prueba de una autorización semejante.

Por esto, creemos que debe existir una disposición expresa que disponga que esta clase de autorizaciones sólo pueden concederse en virtud de un Decreto Supremo, ya que por medio de estos decretos y no verbalmente se hacen las destinaciones o se otorgan comisiones que hacen cambiar la residencia de un oficial. No hay que olvidar, en apoyo de lo que sostenemos, que según el inciso 3.º del artículo 309 del Código de Justicia Militar, es circunstancia agravante de responsabilidad penal, como lo veremos más adelante, traspasar las fronteras sin autorización competente; es evidente, entonces, la importancia de que quede bien claramente establecida

la forma cómo ha de darse esa autorización, que puede tener trascendencia en la calificación del delito.

El N.º 3.º del mismo artículo 308, se refiere al oficial que transitando por actos del servicio no se presentare a los superiores respectivos dentro de los cuatro días siguientes a la fecha que corresponda según los reglamentos, o a la que se le hubiere señalado para ese efecto en guía o itinerario especial.

Como puede verse, en este caso no existe una nueva destinación ni hay tampoco residencia, porque el término “transitando” importa un acto que no constituye ni lo uno ni lo otro, sino que significa un estado de mero transeunte.

La razón de ser de la obligación impuesta por este N.º 3.º, es la necesidad imperiosa que existe de tener un control sobre el personal de oficiales para saber, en un momento de emergencia, el lugar en que se encuentren y poder llamarlos sin pérdida de tiempo.

Los oficiales que se hallen en este caso, deberán presentarse personalmente al Comandante de Guarnición dentro de las primeras veinticuatro horas, si la permanencia deba ser superior a ese tiempo, según lo dispone el artículo 172 del Reglamento ya mencionado sobre servicio de guarnición. Pero, nada se dice para el caso de que dicha permanencia deba ser inferior a aquel tiempo y, en el silencio de la ley, debe entenderse que no se exige presentación alguna. Esta interpretación la confirma el artículo 176 del mismo Reglamento que al hablar de las presentaciones de una comisión o unidad de tropa, señala un determinado plazo para hacerlas. Nos parece que si el legislador estatuyó acerca de la tropa y no lo hizo respecto de los oficiales, fué porque deliberadamente los eximió de aquella obligación.

Por otra parte, el propio contexto de las disposiciones del N.º 3.º que comentamos, confirma lo que hemos dicho, porque si la comisión debe ser de duración inferior a veinticuatro horas, no puede tener aplicación el plazo de cuatro días que dicho número señala, y, en consecuencia, hay imposibilidad absoluta para que exista delito. Pudiera creerse, no obstante, que por aplicación de las reglas generales sobre la materia,

los oficiales que se encuentren en este caso debieran también presentarse, lo que no puede exigirse, por cuanto al artículo 168 del mencionado reglamento de servicio de guarnición, sólo establece la obligación de presentarse en el lugar en que resida el oficial o en el que se encuentre con permiso, y ya hemos dicho que este N.º 3.º contempla una situación especial en que no hay residencia ni concurre esta última circunstancia.

La guía o itinerario especial que cita la última parte de este número, sólo es un resabio de la vieja Ordenanza. Actualmente suele usarse el “pasaporte o licencia”, que es una especie de credencial en que consta la personalidad del oficial y los motivos que lo hacen trasladarse a otra guarnición.

El N.º 4.º del artículo 308, tantas veces referido, contempla el caso del “que habiendo obtenido licencia no se presentare en el lugar de su destino o residencia dentro de cuatro días contados desde la fecha en que haya expirado el plazo de ella o desde la fecha en que tuviere noticia de haberse dejado sin efecto esa licencia”.

En general, esta disposición es clara y sólo necesita algún comentario la parte final de ella, que es vaga e imprecisa. La noticia de haberse puesto término a la licencia, debe hacerse saber directamente por el superior al que goce de ella o, por lo menos, en tal forma que pueda existir prueba al respecto, pues de lo contrario sería muy fácil, si se emplearen conductos indirectos e irresponsables, que el interesado no cumpliera con esta disposición y alegare ignorancia de la medida tomada.

Para terminar el examen de las circunstancias en que se comete el delito en estudio, haremos una última observación relativa a un vacío que hemos notado en el Código al referirse a ellas.

Dijimos, al ocuparnos del N.º 3.º, que se justificaba por la necesidad que existe de saber en un momento determinado, el lugar en que se encontrare un oficial y que, por este motivo, aquel precepto castiga a los que no se presenten, estando en comisión de servicio, en el plazo que señala. Por la misma razón, debe sancionarse a los oficiales que haciendo uso

de licencia no se presenten al Jefe de la Guarnición del lugar en que disfruten de ella; el propio Reglamento les impone esta obligación, en igual forma que a los que se encuentren en comisión de servicio, y por ello pensamos que si en ambos casos se contraviene el Reglamento y existe, por lo tanto, una falta a él, no se comprende por qué uno sólo sea constitutivo de delito, cuando el fundamento para castigarlos es también el mismo. A mayor abundamiento y para que se note más todavía el vacío que recordamos, citaremos el artículo 171 del tantas veces mencionado Reglamento de Servicio de Guarnición, que dice: “Los militares con permiso se presentarán a la Comandancia de la Guarnición de la localidad en donde hagan uso del permiso, dentro de las primeras cuarenta y ocho horas de su estada y harán dejar constancia de ello en el pasaporte. Si no hubiere Comandancia de Guarnición, se presentarán a la autoridad local”. Como se ve, la situación es la misma que contempla el N.º 3.º del artículo 308, y hay, evidentemente, un vacío que podría llenarse agregando al artículo otro número que se refiera a este caso o completarse el N.º 3.º con la idea que dejamos expuesta.

---



## CAPITULO III

### De los autores, cómplices y encubridores; delito frustrado y tentativa

1. Consideramos de sumo interés hacer un examen sobre las personas a quienes puede alcanzar responsabilidad en la comisión del delito de abandono de destino o residencia. Nos referiremos a los autores, cómplices y encubridores.

Son autores del delito que estudiamos, los oficiales que se encuentren en los casos enumerados por el artículo 308 del Código, que acabamos de analizar.

El Código sólo considera, pues, como autores a los que de una manera inmediata y directa toman parte en la ejecución del hecho punible, y no comprende como tales a los que, no hallándose en este caso, se encuentran, sin embargo, dentro de la clasificación que hace el artículo 15 del Código Penal, o sea, a los que “impidan o procuren impedir que se evite”; “fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo” y a los que, “concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleve a efecto el hecho o lo presencien sin tomar parte inmediata en él”.

El inciso 1.º del artículo 324 del Código de Justicia Militar establece que el que, sea civil o militar, induzca o fuerce a la desertión, será castigado con la misma pena que corresponda al desertor, y agrega en su inciso 2.º, que el que le preste auxilio, sufrirá la pena asignada al delito consumado rebajada en un grado, y al que lo encubra se le sancionará con la pena inferior en dos grados a la que corresponda al desertor.

Vemos, entonces, que el Código de Justicia Militar, al tratar de la deserción, ha seguido las reglas generales de la ley penal respecto de los autores, cómplices y encubridores y así, al castigar a los inductores con igual pena que a los que cometen el delito de deserción, se está conformando a la regla del citado artículo 15 del Código Penal y los considera igualmente como autores del delito; los que auxilian a los desertores, son sancionados como cómplices y los que los encubren tienen la pena de encubridores.

Sin embargo, al reglar el Código, en el párrafo anterior al de la deserción, el delito de nuestra atención, nada dijo respecto de los cómplices y encubridores y nos deja en la ignorancia sobre si ellos tienen responsabilidad en este delito y sobre las penas que habrían de aplicárseles. Es indudable, a nuestro juicio, que podrá haber terceros que indirectamente tengan responsabilidad en el abandono que un oficial haga de su destino y no hay por qué castigar, solamente, a los que induzcan, auxilien o encubran a los soldados que deserten de las filas y no sancionar del mismo modo a los que hagan lo propio con los oficiales que abandonen el servicio de las fuerzas armadas. Pudiera argüirse como fundamento de esta omisión, el hecho de que siendo el personal de tropa menos instruído y conocedor de sus deberes militares que la oficialidad, hay necesidad de castigar a los que se valen de su ignorancia para hacerlos incurrir en delito; pero nosotros creemos que aunque real este argumento, debe considerarse esta situación más que todo desde el punto de vista del daño que estos terceros hacen a la disciplina de las fuerzas armadas con sus acciones provocadoras o amparadoras del delito, perjuicio que es de igual gravedad tratándose tanto de los soldados como de los oficiales, y aun podríamos decir que es más grave en el último caso, porque el mal ejemplo que dan los superiores es mucho más pernicioso a la disciplina que las faltas que contra ella cometen los subalternos.

La ley penal militar mejicana así lo ha comprendido, y en su artículo 161 establece la pena especial de destitución de su empleo, además de las penas generales, para el oficial que oculte, favorezca o disimule este delito.

Resumiendo, diremos que existe en el Código una omisión al respecto, que es conveniente llenar, para lo cual proponemos que se establezca una disposición similar a la del artículo 324 citado, incorporando la pena especial que indicamos de la ley mejicana, lo que estaría de acuerdo, además, con lo dispuesto en el artículo 52, inciso 2.º, del Código Penal, relacionado con la circunstancia primera del artículo 17 del mismo cuerpo de leyes, preceptos que castigan con las penas de inhabilitación especial en los grados que el primero de estos artículos señala a los encubridores que para favorecer la comisión del delito, abusen de sus funciones públicas. Los mismos compañeros de armas de los individuos que se proponen delinquir son, por lo general, los que encubren su delito y, por lo mismo que los militares desempeñan funciones públicas, se encuentran comprendidos en este caso, siendo perfectamente justificado, por consiguiente, que se les aplique una pena militar especial, como la de destitución, que surte los mismos efectos que la inhabilitación para los empleados públicos, porque les impide volver a las filas.

Mientras no se incorpore al Código esta disposición expresa, puede solucionarse la dificultad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 205 del Código de Justicia Militar, que hace aplicables en materia militar, las disposiciones de la ley penal común que no se opongan a lo estatuido por el mismo cuerpo de leyes. Deberán aplicarse, entonces, los artículos 15, 16 y 17 del Código Penal que señalan las personas que se consideran autores, cómplices o encubridores, respectivamente; y los artículos 50, 51, 52, 53 y 54 de este último Código citado, que determinan la forma de aplicar las penas correspondientes.

\*

\* \*

2. Cabe considerar aquí otro punto interesante y que, como el que acabamos de tratar, constituye otro vacío que contienen las disposiciones sobre abandono de destino o residencia. Nos referimos al delito frustrado y a la tentativa.

Sabemos que no sólo son punibles el crimen y el simple delito consumado, sino que también lo son el frustrado y la tentativa. Sin embargo, el Código al ocuparse del delito de nuestra atención, sanciona solamente el delito consumado y nada estatuye respecto de los dos últimos. Se ha dado como razón la de que éstos no pueden tener cabida en los delitos contra los deberes y el honor militar, especialmente en la desertión y abandono de destino o residencia, porque en ellos interviene, como factor principal, el elemento tiempo. Así, se ha dicho, sólo puede existir una falta disciplinaria o un delito consumado, según si el reintegro al cuerpo de destino o a la residencia se hace antes de transcurrido el plazo señalado o después de él.

Los comentaristas del delito de desertión concluyen en el sentido que dejamos indicado y justifican, de este modo, el silencio de la ley al respecto. Nosotros no aceptamos esta doctrina por considerar que es más aparente que real. En efecto, para penar un determinado hecho delictuoso, es importante conocer la intención del inculpado y de este conocimiento se desprenderá, necesariamente, el carácter de la infracción cometida. Aceptamos que antes de vencido el plazo señalado por el Código para que una ausencia se reputé definitiva, exista una falta a la disciplina, pero creemos, al mismo tiempo, que si intervienen algunas circunstancias especiales, como ser la de que se sorprenda al oficial ausente embarcado para salir de un puerto, oculto, disfrazado o en cualesquiera otra forma que haga suponer la intención de abandonar las filas, cambia totalmente el carácter de esa mera falta disciplinaria, pasando a constituir un verdadero delito frustrado, ya que existiendo la intención dolosa, el delito no llega a consumarse debido a causas ajenas a la voluntad del delincente.

Tenemos, pues, que a nuestro juicio, debe sancionarse el delito frustrado y la tentativa, porque ambos tienen perfecta cabida dentro del delito de abandono de destino y no nos parece de justicia que se castigue como falta disciplinaria un hecho que teniendo todos los caracteres del delito mismo, no llegue a consumarse, como hemos dicho, por una causa ex-

traña a la voluntad del autor, como sería el de sorprendérsele oculto con ánimo manifiesto de dejar transcurrir el plazo fijado por la ley para que haya delito, o sea, existiendo a todas luces la intención de cometerlo.

Por otra parte, conviene disipar el mal entendido de los que sostienen que nuestro Código, al tratar de la deserción, no considera el delito frustrado ni la tentativa por la razón que anotamos anteriormente. Es cierto que la ley, en esta parte, no establece, separadamente, sanciones aplicables a la tentativa ni determina los casos en que puede existir delito frustrado de deserción; pero, no lo es menos que del examen atento de sus disposiciones se desprende que el Código de Justicia Militar considera el delito frustrado como consumado y que en tal forma lo castiga. En efecto, el artículo 314, que señala las circunstancias en que se comete deserción, dice en su N.º 1.º: “Haber faltado a ocho listas consecutivas; tratándose de carabineros, haber faltado cuatro días”, y en su N.º 2.º, expresa: “Haber faltado a tres listas consecutivas o dos días respecto de carabineros, y ser aprehendido a cuarenta kilómetros o más del lugar o plaza de su destino o residencia, o del punto donde se encontrare acampado transitoriamente el cuerpo a que pertenezca”.

No necesitamos extendernos en largas consideraciones para demostrar que el N.º 2.º constituye el caso de delito frustrado, ya que es una excepción a la regla general del N.º 1.º transcrito, por cuanto no hace necesario que se haya faltado a las ocho listas, sino que atiende más bien a la intención de cometer el delito, lo que la ley supone mediando el hecho de sorprenderse a un militar a una determinada distancia de su destino o residencia. Existe, en consecuencia, el delito frustrado penado por el Código; lo que hay es que se castiga como delito consumado, apartándose, por lo tanto, de los principios de la ley penal común al no hacer la distinción entre ambas clases de delito.

Creemos que el Código de Justicia Militar ha seguido, en

esta materia, el criterio moderno relativo a la penalidad correspondiente a los delitos consumados y frustrados y a la tentativa, cuando sanciona a estos dos últimos con la misma pena que al primero. Para hacer esta afirmación nos basamos en las nuevas teorías penales y que nuestro Proyecto de Código Penal de 1929, incorpora a sus disposiciones aplicando a la tentativa (en la cual comprende el delito frustrado), las mismas penas que señala para el consumado. A mayor abundamiento, el Proyecto de Código Penal para el Ejército, de don Joaquín Santa Cruz, citado al principio como origen del Código de Justicia Militar, dedica su artículo 196 a tratar la tentativa de deserción y señala como caso constitutivo de ella, entre otros, el de haber faltado a dos listas consecutivas, siendo aprehendido el hechor a la distancia que indica y siempre que se encontrare vestido de paisano o disfrazado; y varios Códigos extranjeros, entre ellos el mejicano, contemplan una disposición similar.

Con las consideraciones expuestas, queda demostrado que el delito frustrado y la tentativa tienen perfecta cabida en la deserción y, por ende, en el delito de abandono de destino o residencia, como asimismo el hecho de que en el artículo 314 mencionado se consideran ambas formas de delito equiparándolas al delito consumado. Debe llenarse, por consiguiente, el vacío que se hace sentir en el Párrafo IV del Código al no contemplarlas, para lo cual podría agregarse un nuevo número al artículo 308 que, lo mismo que el N.º 2.º del ya citado artículo 314, sancione el delito frustrado y la tentativa, sea separadamente o comprendiéndolos en uno solo, con la misma pena que asigna al delito consumado, siguiendo así el criterio sustentado por el Código a que nos venimos refiriendo en la disposición aludida, criterio que, por lo demás, se mantiene al tratar de otros delitos (art. 278 de la sedición o motín, etc.).

La falta de la disposición referida, puede aminorarse recurriendo, como lo hicimos presente al estudiar los cómplices,

autores y encubridores, a las disposiciones de los artículos 50 y siguientes del Código Penal, por aplicación del artículo 205 del de Justicia Militar. Pero, llamamos la atención, para que se note más aun esa falta de disposición expresa, a la incongruencia que resulta entre la sanción que debe corresponder a los autores del delito frustrado o tentativa de deserción y a los de abandono de destino a los cuales habrían de aplicarse las reglas del Código Penal. En efecto, mientras a estos últimos les corresponderá una pena rebajada en uno o dos grados, a los primeros se les sanciona con la pena del delito consumado, lo que resulta un absurdo, atendida la mayor pena que tiene al abandono de destino por razón de ser un delito más grave que el de deserción.

---



## CAPITULO IV

### **Penalidad del delito; circunstancias que modifican la responsabilidad penal; paralelo entre las penas aplicables al delito de deserción y las correspondientes al abandono de destino.**

Si hubiéramos de seguir el orden en que el Código trata la materia que estudiamos, deberíamos referirnos ahora al artículo 309 que señala las agravantes especiales que concurren en el delito de abandono de destino o residencia; pero no lo hacemos así, porque estimamos que antes de considerar las circunstancias que modifican la penalidad de un hecho, deben conocerse las penas que la ley le asigna a este mismo hecho, atendida su sola gravedad. Estudiaremos primero, en consecuencia, las penas a que nos acabamos de referir.

Según el artículo 310, las penas con que se castiga el delito de abandono de destino o residencia, son distintas, así que el delito sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra. Veremos separadamente la penalidad establecida para ambos casos.

Dice el artículo citado: "El abandono de destino o residencia será castigado: en tiempo de guerra, con la pena de presidio militar perpetuo o muerte, si el delito se cometiere frente al enemigo; y con la de presidio militar mayor en su grado medio a presidio militar perpetuo en los demás casos". El último inciso, establece que como accesoria se impondrá, además, en tiempo de guerra, la degradación.

El propio Código de Justicia Militar ha definido en su artículo 418, Título de las disposiciones complementarias, lo que debe entenderse por tiempo de guerra, diciendo que “para los efectos de este Código se entiende que hay estado de guerra o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

Dentro de las penas señaladas para este estado, hay que distinguir si el delito se comete frente al enemigo o no. El inciso 1.º del artículo 419 indica cuando una fuerza se considera “frente al enemigo” y dice que lo está no sólo cuando notoriamente lo tenga a su frente, sino desde el momento que haya emprendido los servicios de seguridad en su contra. Y el inciso 2.º expresa que: “se entiende por enemigo, para estos efectos, no solamente el extranjero, sino cualesquiera clase de fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas militarmente”.

Si el delito se cometiere en esta circunstancia, su autor tiene la pena de presidio militar perpetuo a muerte; y si el abandono de destino se perpetrare no mediando ella, la pena será de presidio militar mayor a presidio militar perpetuo.

Estas penas tienen igual duración que sus homogéneas de la ley penal común y son también de la misma clase que las correspondientes en dicha ley, o sea, son penas de crímenes en conformidad al artículo 21 del Código Penal.

La severidad con que el legislador castiga el abandono de destino o residencia, en tiempo de guerra, se encuentra justificada por la gravedad inmensa que reviste el hecho de retirarse, un oficial, repentina y definitivamente, del servicio de las fuerzas armadas en circunstancias que el cumplimiento del deber y la disciplina deben mantenerse inalterables.

Acerea de la pena de muerte que se establece en estas disposiciones, es necesario observar que ella no puede ser discutida por nadie, ya que se trata de aplicarla dentro de un pe-

ríodo momentáneo, de excepcional gravedad, y en que prima aun para los civiles la ley militar.

El último inciso del artículo 310, como hemos visto, establece que debe imponerse, además, como pena accesoria en estos casos, la degradación. La disposición de este inciso confirma la regla del artículo 233 del Código, que estatuye que las penas de presidio o reclusión perpetuas, entre otras, sean militares u ordinarias, llevan consigo la degradación, pero hace extensiva ésta a todas las penas que se impongan en el estado de guerra, cuya escala va, como lo dijimos, desde presidio militar mayor en grado medio a muerte.

La degradación es una pena esencialmente militar que no tiene similar en la ley común y que, además, siempre debe imponerse como accesoria a las penas de muerte, presidio o reclusión perpetua. Reviste el mismo carácter que antes tenían las penas infamantes y, para el espíritu militar de disciplina estricta a la jerarquía de los grados, es la humillación y la deshonra, porque en buenas cuentas, es una declaración formal de que el delincuente es indigno de llevar las armas y vestir el uniforme de los militares de la República; por eso es que va siempre aparejada a penas de larga duración, correspondientes a delitos excepcionemente graves.

Los efectos que produce la degradación están señalados en el artículo 228 del Código, y son: la privación del grado y del derecho a usar uniforme, insignias, condecoraciones o medallas militares; la incapacidad absoluta y perpetua para servir en el Ejército, Carabineros, Aviación o Armada, a cualquier título que fuere y la pérdida del derecho a toda pensión o recompensa por los servicios anteriores.

Entre la parte final de esta disposición y lo que prescribe el artículo 231, existe, a nuestro juicio, una verdadera contradicción. En efecto, este último artículo expresa que las penas impuestas a los militares no privarán a sus familias de los derechos que tengan adquiridos hasta la fecha de la sentencia condenatoria, y entonces, ¿cómo conciliar esta disposición con aquella otra que señala como efecto propio de la degradación la pérdida de todo derecho a pensión o recompensas?

Para resolver la cuestión, debemos saber primeramente qué derechos adquiridos y qué recompensas tienen los militares en servicio activo. Actualmente no disfrutan de ninguno, porque el único beneficio que existe en las fuerzas armadas, que alcanza a la familia de los militares, es el montepío, que se concede con arreglo a las leyes respectivas. Ahora bien, el derecho a montepío, que es una pensión, no se adquiere sino una vez muerto el causante y en virtud de un decreto que lo declare, momento éste en que el derecho se incorpora al patrimonio de los interesados; en consecuencia, antes de la dictación del respectivo decreto, sólo existe una mera expectativa a gozar del beneficio indicado, y, por lo tanto, éste no es un derecho adquirido que tengan los militares en el momento de la condena, aunque posean los requisitos de tiempo necesarios. Es evidente, entonces, que la disposición del artículo 231, no puede producir ningún efecto y pasa a ser letra muerta por no tener alcance práctico legal alguno. El objetivo perseguido por la ley al establecer la citada disposición, sin duda humano y generoso con la familia del delincuente, queda burlado y sin efecto por las razones ya vistas.

En esta misma situación se encuentran todos aquéllos que por una causa u otra sean condenados y dejen de prestar sus servicios en las fuerzas armadas, por cuanto dicha condena importa la licencia con mala conducta, requisito contrario esencial para el otorgamiento de la pensión correspondiente, según lo establece la Ley de Retiro y Montepío del Ejército en actual vigencia.

Se ha propuesto por el Ministerio de Defensa Nacional que se modifique el citado precepto del artículo 231, substituyéndose la frase “de los derechos que tengan adquiridos...”, por los términos “de las expectativas que tengan hasta la fecha de la sentencia condenatoria”, substitución que no se ha llevado a la práctica, porque en nada mejoraría a las familias de los afectados por la condena, en razón de la exigencia de la Ley de Montepío que acabamos de mencionar.

Esta interpretación ha sido aceptada por la Auditoría General del Ejército, en dictámenes de fechas 19 de Noviembre y 21 de Diciembre de 1932, al desechar solicitudes de monte-

pío basadas en el artículo 231 comentado; y el Consejo de Defensa Fiscal informando al Ministerio de Defensa con fecha 28 de Abril de 1933, concuerda con el mismo parecer.

Por todo lo dicho, creemos que, aunque muy laudable el espíritu del artículo 231, debe suprimirse lisa y llanamente por ser inútil e ineficaz.

Los demás efectos de la degradación señalados en el artículo 22º, son la lógica consecuencia de su propio carácter y naturaleza, que ya hemos indicado, y no merecen especial atención.

Relacionados con esta misma materia se hallan los artículos 219 y 241 del Código. El primero dispone que la pena de degradación, entre otras, será siempre de carácter permanente e imprescriptible. Este artículo constituye una excepción a la regla de la prescripción de las penas, consagrada por el Derecho Penal común y establecida en nuestro Código del ramo en los artículos 93, 97 y siguientes, como causal de exención de responsabilidad penal, disposiciones estas últimas aplicables al Código de Justicia Militar, como ya lo tenemos dicho, por mandato del artículo 205 de este cuerpo de leyes.

El artículo 241 mencionado, señala la forma cómo debe ejecutarse la degradación, determinando una serie de solemnidades, de acuerdo con el carácter ejemplarizador que ella tiene. Así, dice, el condenado a degradación será despojado en presencia de las tropas que designe la autoridad militar, de su uniforme e insignias y condecoraciones, cumpliéndose las formalidades que determinen los Reglamentos que dicte el Presidente de la República. Si, además, hubiere de ser fusilado, agrega, se cumplirá inmediatamente después esta pena.

Por último, el artículo 232 dice: “Los que sufran la pena de degradación, destitución, expulsión o separación del servicio, no podrán ser rehabilitados sino en virtud de una ley. En caso de amnistía, esta rehabilitación no se producirá sino cuando la ley lo ordene así expresamente”.

La disposición trascrita, nos confirma la gravedad e importancia que el Código atribuye a estas penas, pues las revis-

te de tal seriedad que sólo en virtud de una ley se puede rehabilitar a los que las hayan sufrido. Quiere, además, el legislador, en el inciso 2.º, que esta ley haya de ser especial para aquellos casos determinados y que no se pueda echar mano de una ley general de amplios alcances, cuando exige aún para el caso de una amnistía que la ley que la declare ordene la rehabilitación expresamente; de manera que, aunque la amnistía, según lo sabemos, extingue la pena y todos sus efectos, en este caso no sucede tal cosa sin una disposición expresa de la misma ley, o sea, la amnistía extingue la pena, más no retrotrae la situación de los favorecidos con ella a la de que antes gozaban; en otros términos, la simple amnistía no extingue un efecto propio de la pena sin aquella expresa declaración. Se resguarda de esta manera a las fuerzas armadas de que puedan ser reincorporados a sus servicios individuos ya descalificados y a quienes alcancen dichas leyes de amnistía, que, en la mayoría de los casos, son dictadas obedeciendo a simples conveniencias o móviles políticos. En el transcurso de estos últimos años, se han promulgado varias leyes de esta especie en favor de ex-militares procesados o condenados por delitos que afectan a la disciplina de las fuerzas armadas y actualmente se discute en el Congreso otra ley de la misma naturaleza, destinada a amnistiar, también, por razones que no nos toca calificar, a ex-militares, reincidentes algunos de delitos anteriormente amnistiados.

Fácil es comprender que con este criterio de dictar continuamente leyes de amnistía para todas clases de delitos, se iría a la descomposición absoluta de las instituciones armadas, pues, a no mediar la disposición del inciso 2.º, que comentamos, tendrían derecho a ser reincorporados a las filas los favorecidos con tales leyes. El Código, prudentemente, pone cortapisas a una situación semejante, concretando la rehabilitación, con la declaración expresa que exige, a casos determinados en que sea de absoluta justicia concedérsela a aquellos individuos que hayan sido objeto de una manifiesta arbitrariedad o de un error judicial también notorio.

Conocemos sólo un caso en que se haya otorgado una rehabilitación en la forma aquí estudiada: la Ley N.º 5,085, de

fecha 3 de Marzo de 1932, que concedió amnistía a un ex-tendiente contador, declaró en su artículo 2.º, que la rehabilitación se otorgaba para todos los efectos legales y en especial para aquéllos a que se refiere el artículo 227 del Libro III del Código de Justicia Militar; observamos que esta ley, al citar el artículo 227, no hace sino referirse al 232 actual, cuya numeración cambió el Decreto-Ley N.º 650, que modificó, con posterioridad a la dictación de aquella ley, el Código mencionado.

\*  
\* \*

3. De la disposición del artículo 418 citado anteriormente, se desprende, a contrario sensu, lo que debe entenderse por tiempo de paz, y diremos, entonces, que existirá siempre que no medien las circunstancias que señala dicho artículo como constitutivas del estado de guerra.

En este tiempo de paz, el abandono de destino o residencia se castiga con las penas de reclusión militar menor en cualesquiera de sus grados o con la destitución o con ambas a la vez, según las circunstancias.

La reclusión militar menor es equivalente a la de igual clase de la ley común, y va desde sesenta y un días hasta cinco años; el tribunal puede recorrer toda la escala de la pena, aplicándola según la concurrencia de algunas circunstancias que toca al mismo apreciar.

Puede aplicarse, también, la pena de destitución del servicio o imponerse ambas conjuntamente.

La destitución se diferencia, por lo tanto, de la pena de degradación que recién vimos, en que esta última es siempre accesoria, en cambio la primera, puede imponerse como pena principal o como accesoria y solamente se aplica a los oficiales, mientras que la degradación procede respecto de todo militar.

El artículo 236 del Código, estatuye sobre la manera de

aplicar estas penas alternativas y dice que cuando la pena señalada al delito fuese de esta especie, el tribunal impondrá la que crea más adecuada para el caso.

Los efectos que la destitución produce están indicados en el artículo 224 del Código y son análogos a los que acarrea la degradación; también los que la sufran no pueden ser rehabilitados sino por ley, como quiera que el artículo 232 estudiado es extensivo también a estos casos. Como acabamos de ver esos efectos y de estudiar esta última situación, nos remitimos, en consecuencia, a lo ya dicho al respecto.

Por último, el artículo 242 del Código prescribe que las penas de presidio y reclusión militar se cumplirán en los establecimientos especiales que se crearán con este objeto; y el artículo 243 establece que mientras no se creen éstos, las penas respectivas se cumplirán en los lugares que fije el Presidente de la República. Sólo considerando la rapidez con que se dictó el Código, nos explicamos este afán de incorporar en su texto disposiciones diversas que han debido ser una sola, como los artículos que hemos citado.

De acuerdo con lo dispuesto en el último de ellos, se dictó el Decreto Supremo N.º 1,862, de 19 de Julio de 1926, que dispone que mientras se crean los establecimientos penales y las Compañías de Disciplina a que se refiere el artículo 236 (actual 242), del Código de Justicia Militar, las penas dictadas con arreglo al citado Código, cuando no sean superiores a presidio menor en su grado medio, se cumplirán en los establecimientos militares y en los presidios y penitenciarías correspondientes, en caso contrario. Este decreto establece, pues, lugares distintos para cumplir las penas militares, según sea la escala de ellas, fijando para las más leves los cuarteles respectivos y para las de mayor gravedad los establecimientos destinados a los delincuentes comunes; por lo tanto, los reos de abandono de destino o residencia que hubieren delinquido en tiempo de guerra y a los que no se les condene a la pena de muerte, cumplirán la sentencia en los establecimientos carcelarios comunes, al igual que los que en tiempo de paz fueren penados con reclusión militar menor en grado máxi-

mo. Los reos no comprendidos en estos casos, o sea, los que en estado de paz sufrieren condena a reclusión militar menor en sus grados mínimo a medio, deberán cumplirlas en sus respectivos cuarteles.

\*  
\* \*

4. Debemos hacer presente también y como observación de carácter general, que ciertos hechos clasificados como delitos, pueden dar origen, en virtud de circunstancias particulares, a la aplicación de simples castigos disciplinarios, en cuyo caso constituyendo el hecho un delito y una falta al mismo tiempo, se ha sostenido como principio general la recíproca independencia entre el procedimiento disciplinario y el juicio criminal, de modo que uno no excluya al otro. Nuestro Código ha reconocido esta doctrina en el artículo 433, al disponer que toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos, puede ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando exista indicios de que puede llegar a constituir un delito.

En estos casos concurre, pues, una doble responsabilidad, pudiendo imponerse, de consiguiente, por un sólo hecho, dos sanciones: una administrativa, de carácter disciplinario, y otra judicial, de orden penal; todo lo cual no contraría el principio de "non bis in idem", puesto que lo que esta regla no admite, es que al autor de una sola infracción se le imponga más de una sanción, y aquí hay, como decimos, dos infracciones distintas que acarrearán diferente responsabilidad.

\*  
\* \*

5. Con respecto a las circunstancias que hacen variar la responsabilidad de los que incurren en el delito de abandono de destino, ya sea extinguiéndola, agravándola o atenuándola, hay que hacer presente que en el Párrafo 4.º del Título VI

del Código que estamos estudiando, sólo existe una disposición acerca de ellas: el artículo 309, que indica las circunstancias agravantes del delito mencionado.

Este criterio seguido por el Código tiene su justificación, y es la de que tanto las causales eximentes como las atenuantes y agravantes se pueden dividir en dos grandes grupos: las circunstancias *generales*, que son aplicables a todos los delitos, y las *especiales* que se aplican únicamente a determinados delitos y que están señaladas especialmente por la ley al hablar de cada uno de ellos. Es indispensable, pues, conocer primero aquéllas, principalmente las que puedan influir en el delito que nos preocupa; en seguida, después de conocer las agravantes generales, estudiaremos las especiales a que hemos hecho referencia.

El Código ha señalado para los delitos militares algunas circunstancias de la primera naturaleza, remitiéndose, además, en lo que sean naturalmente aplicables, a las indicadas en el Código Penal. Los artículos 209 y 213 que establecen las causales atenuantes y agravantes de los delitos militares dan testimonio de ello.

El Código de Justicia Militar contempla sólo dos circunstancias generales de exención de responsabilidad en los artículos 207 y 208, al decir que: “excepto en los casos de insubordinación y deserción, el recluta recién alistado o conscripto recién llamado al servicio, se hallará exento de penas exclusivamente militares durante el período de un mes desde su primera incorporación al Ejército...” y que “será causal eximente de responsabilidad para los militares el hacer uso de armas cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida”. Fácil es comprender que estas exenciones no pueden, sin duda, beneficiar a los culpables del delito de abandono de destino o residencia en razón de la naturaleza misma de este delito. Es necesario recurrir, en consecuencia, al artículo 10 del Código Penal, disposición que señala a los que están exentos de responsabilidad criminal y que debe aplicarse para reglar esta situación, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 209, 211 y 213 del Código de

Justicia Militar y a lo estatuido por el artículo 205 del mismo Código.

Algunas de las causales generales del mencionado artículo 10 del Código Penal, están reproducidas aisladamente como especiales en los artículos 332, 334, etc., del Libro III del Código de Justicia Militar, pero no nos corresponde a nosotros estudiarlas, porque estos artículos no quedan comprendidos dentro de los límites de nuestro trabajo; tampoco creemos necesario considerar aquí, todas y cada una de las causales referidas, bastándonos sólo decir que de ellas tienen cabida en el delito de abandono de destino o residencia, las signadas con los N.os 1.º, 9.º y 12, conclusión a que llegamos con la simple lectura de los demás números del mismo artículo 10, relacionándolos con el carácter especialísimo del delito.

Con respecto a las circunstancias atenuantes, el artículo 209 indica las que pueden considerarse generales para los delitos militares, además, como lo hemos dicho, de las del artículo 11 del Código Penal. De estas últimas solamente pueden aplicarse al abandono de destino o residencia las de los N.os 1.º, 5.º, 6.º y 8.º

El N.º 4.º del artículo 209 es el único que no puede tener cabida en el delito que nos preocupa. Dice así: "Cometer el delito en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, cuando no constituya el caso de obediencia, debida de acuerdo con lo prescrito en el artículo 334". No puede aplicarse al abandono de destino, porque aun cuando pudieran concurrir algunos elementos del delito, como ser: el cumplimiento de los plazos, nunca existiría la voluntad, ni por consiguiente la intención de cometerlo, y, además, el hecho de obedecer una orden superior importa una verdadera autorización reglamentaria para no presentarse dentro de aquellos plazos.

Examinaremos brevemente las circunstancias atenuantes de los otros tres números del mismo artículo 209.

La del N.º 1.º la encontramos ampliamente justificada, porque en el caso que contempla puede existir verdadero arrebató u obsecación que induzca a un oficial a cometer el delito, por el hecho de verse tratado injustamente. Por esto, de

acuerdo con esta disposición, los Reglamentos del Ejército son hoy día bastante severos en orden a prohibir todo maltrato o castigo ilegal por parte de un superior, ya sea de palabra o de hecho, y conocemos casos recientes en que un oficial ha debido retirarse de las filas por abofetear a un inferior aun cuando éste le faltaba gravemente el respeto debido.

El N.º 2.º dice: “ejecutar, después de cometido el delito, una acción distinguida frente al enemigo”. A pesar de que este número pudiera considerarse inaplicable al delito que tratamos, nosotros no lo creemos así, porque él regla sobre un caso especial que sucedería en estado de guerra y es fácil que, en esta eventualidad, un oficial, después de abandonar su regimiento con intención de retirarse del servicio, pudiera encontrarse en una acción de guerra en que, casualmente o por obra de su propio arrepentimiento, ejecutare una acción distinguida. La ley argentina considera también como causal atenuante de los delitos militares, la de ejecutar una acción heroica después de haber cometido el delito, si éste ha tenido lugar en operaciones de guerra (art. 508 N.º 1.º del Código de Justicia Militar argentino).

El N.º 3.º establece la circunstancia de haber tenido una conducta anterior irreprochable y estatuye al mismo tiempo lo que debe entenderse para los oficiales como tal conducta, diciendo que será la que se deduzca de las últimas calificaciones anuales; de modo, pues, que no podrá acreditarse esta conducta como en el procedimiento común por simple prueba de testigos. Salta a la vista el objetivo de esta disposición, que no es otro que el de revestir a esta prueba de la mayor imparcialidad y corrección. El inciso 2.º deja, sin embargo, al arbitrio de los jueces apreciar el modo en que esas calificaciones afectan a la irreprochabilidad de la conducta, haciendo expresa declaración al efecto. El fin perseguido con esta facultad otorgada a los jueces, es el de que pueda favorecer a los inculpados la hoja de conducta o la calificación en aquellos casos en que de ellas consten uno o dos castigos por faltas insignificantes de las cuales no podría prescindir el tribunal sin tener facultad para apreciar la mayor

o menor influencia que esos castigos puedan tener sobre la conducta de los reos. Así lo dejan expresamente establecido las actas de sesiones de la Comisión de reformas del Código de Justicia Militar, reunida el año 1932.

Como última observación a este número, debemos decir que la atenuante que contempla no puede aplicarse además de la del N.º 6.º del artículo 11 del Código Penal, ya que en estos delitos la conducta anterior irreprochable se prueba únicamente en la forma que dispone el N.º 3.º que tratamos y sólo en tal caso puede servir de atenuante. Las mismas actas de la Comisión nombrada dejan constancia de este espíritu del legislador.

Finalmente, los artículos 210 y 211 establecen otras circunstancias atenuantes, siendo el primero inaplicable al delito de abandono de destino. El segundo de estos preceptos señala una causal que podríamos llamar nueva en nuestro derecho, por cuanto la ley penal común no la considera y es la de cometer un delito impulsado por malos tratamientos sufridos en estado de embriaguez.

Esta atenuante está en concordancia con la del N.º 1.º del artículo 209, que ya vimos y hace más humano el concepto de la ley común sobre la responsabilidad de los que delinquen en estado de embriaguez, porque es indudable, a nuestro juicio, que aunque se deba presumir voluntaria la acción ejecutada, el hecho de recibir malos tratamientos en este estado, puede constituir un estímulo tan poderoso que produzca arrebato u obsecación, puesto que es inconcuso que el ebrio carece de voluntad y le falta la razón. Esta causal, entonces, sería una lógica derivación del N.º 5.º del artículo 11 del Código Penal.

Llamamos la atención sobre el alcance del artículo 211, que hace extensiva esa atenuante no sólo a los delitos militares, como pudiera creerse, sino que también a los delitos comunes sometidos a la jurisdicción militar, favoreciendo, así, a individuos del fuero común autores de delitos también comunes y que por acumulación de procesos u otras causas deban ser juzgados por los tribunales militares y a los cuales,



de no mediar estas circunstancias, no aprovecharía esta atenuante.

Finalmente, con respecto a las mismas circunstancias atenuantes, tiene especial interés el artículo 212 que dispone que, en los casos que cita, entre los cuales se halla el de deserción en campaña, y en general, cuando a juicio del tribunal se trate de delitos que pongan en peligro la existencia de una fuerza armada, no se tomará en cuenta atenuante alguna.

La disposición de este artículo comprende, sin duda, al delito de abandono de destino o residencia, aunque no lo haya mencionado en la enumeración que hace, ya que ella no es taxativa, en virtud de lo dispuesto en la parte final del mismo artículo. El abandono de destino en tiempo de guerra ofrece mayores peligros para la existencia de una fuerza armada que la misma deserción u otros delitos militares, porque, según lo sabemos, es cometido por oficiales, que son los que tienen bajo su mando la disciplina de las fuerzas armadas y la dirección de sus acciones. Con esta disposición se ha querido reafirmar, una vez más, la gravedad que reviste esta clase de delitos en tiempo de guerra, idea que está de acuerdo, por lo demás, con la importancia de las penas que la ley le asigna.

Las circunstancias agravantes generales de los delitos militares, además de las del Código Penal, se encuentran señaladas en el artículo 213 del Código de Justicia Militar, y las especiales en el 309 del mismo cuerpo de leyes.

De las primeras tienen mayor importancia las enumeradas en el N.º 1.º de aquel artículo, porque se refieren casi todas al estado de guerra, época en que, como lo hemos repetido, adquiere más gravedad el delito de nuestra atención.

La circunstancia señalada en el N.º 2.º de dicho artículo 213, prevé el caso de aprovecharse de una facilidad que otorga el estar en servicio y no merece mayor comentario; y la del N.º 3.º, es materialmente imposible que ocurra en la comisión de este delito.

El artículo 309, en el párrafo del abandono de destino o residencia, considera las agravantes especiales del delito.

Estas circunstancias son las mismas que el artículo 316 señala como esenciales para que haya deserción calificada y que en este delito de abandono de destino son sólo agravantes que no constituyen una nueva forma de él y que solamente influyen, como es natural, en la variación de la pena sin que, por lo tanto, hagan cambiar su modalidad misma. Sin pronunciarnos sobre el fondo de la diferencia que hace el Código entre deserción simple y calificada para llegar a imponer mayor pena a esta última, creemos que es más acertada la teoría seguida por el mismo en el párrafo que estudiamos, al considerar estas circunstancias simplemente como agravantes del delito, porque es indudable que tienen este carácter, ya que de este modo se consigue el mismo objetivo que persigue la deserción calificada, cual es, el de aumentar la pena.

El inciso 2.º del artículo 309 señala como agravante la de llevarse el culpable armas, ganado, equipo, vestuario u otro objeto de propiedad del Estado y afecto al servicio militar, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda si este hecho constituye un delito especial. El presente caso equivale a una medida en resguardo de los intereses fiscales y a una mayor sanción para los que prevaliéndose de su condición de individuo al servicio de Estado, cometan un delito que pueda ocasionar fuertes pérdidas a éste; por lo tanto, creemos que la disposición de este inciso está en relación con la del N.º 8.º del artículo 12 del Código Penal, que dice: “Son circunstancias agravantes; . . . 8.º “Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”. Pensamos así porque puede darse el caso de que se haga abandono de destino como un medio para defraudar la propiedad fiscal. Por esto, la última parte del mismo inciso 2.º que expresa: “sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan sin este hecho constituye un delito especial”, se está refiriendo manifiestamente a esta situación y no a otra, porque no se nos ocurre que pueda haber otros delitos que los de robo o hurto de especies fiscales y para obtener la devolución de lo hurtado o robado es que deja a salvo las acciones correspondientes.

El inciso 3.º se refiere al hecho de traspasar, sin la autorización competente, las fronteras del país del destino residen-

cia, sea que el culpable preste sus servicios en Chile o en el extranjero.

Habría de estudiarse en este número qué autorizaciones son las competentes, pero como ya lo hemos hecho al tratar de las circunstancias en que se consuma el delito, nos remitimos a lo allí expuesto. La parte final del inciso la estimamos una redundancia, porque el país del destino o residencia será siempre aquél en que preste sus servicios el oficial, y no habría para qué agregar la distinción que se hace.

El inciso 4.º contempla como agravante del delito la de dejar transcurrir sesenta días sin presentarse a las autoridades competentes después de incurrir en él. Consideramos que para el fin que esta disposición se propone obtener, que no puede ser otro que el de que los inculpados no eludan la acción de la justicia, es más acertado el criterio que sigue el Código Penal en la disposición del N.º 8.º del artículo 11, al fijar como atenuante del delito la presentación voluntaria. Por esto, este inciso debe, a nuestro juicio, modificarse de acuerdo con lo que hemos expuesto, señalando si se quiere el mismo plazo de sesenta días, pero considerando como atenuante la presentación voluntaria, porque es más alentador para el infractor saber que si dentro de ese plazo se presentare voluntariamente tendrá una rebaja en la pena. Además, ¿cómo conciliar aquella atenuante del N.º 8.º del artículo 11 mencionado con la disposición que comentamos? Habría en realidad una contradicción, porque puede suceder el caso de que un oficial se presente voluntariamente después de sesenta días de efectuado el abandono de su destino y, entonces, concurrirían dos circunstancias en el mismo caso: una agravante y otra atenuante.

Por todo lo dicho, podría cambiarse la ubicación de este inciso para colocarlo como circunstancia atenuante de responsabilidad, agregando un artículo que diría: “se considerará como atenuante especial de este delito, el hecho de presentarse voluntariamente dentro de sesenta días después de consumado el delito, a las autoridades competentes”.

Otra circunstancia agravante del delito estudiado es la de cometerlo de concierto dos o más oficiales. El concierto para

la comisión de un delito equivale a la conspiración, la que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.º del Código Penal, sólo es punible cuando la ley la pena especialmente, lo que ocurre en el presente caso en que se castiga como agravante del delito.

En último término, el inciso final del artículo 309 establece como agravante especial la de perpetrar el delito “cuando el culpable se hallare arrestado o detenido o en un acto del servicio”. Esto último sin que obste a las reglas contenidas en el párrafo del abandono de servicio.

El arresto militar es una sanción que puede imponerse judicial o administrativamente. En este último carácter es aplicada por las autoridades superiores que correspondan como castigo disciplinario y su duración para los oficiales es hasta de dos meses, debiendo cumplirse en la habitación del afectado si fuere menor de quince días y en los cuarteles o establecimientos militares que señale la autoridad que imponga el castigo, en los demás casos. Como pena que corresponda a delito está incluída en la enumeración que de las penas esencialmente militares hace el artículo 216 del Código de Justicia Militar y ocupa el último lugar en la escala que, para los efectos del artículo 59 del Código Penal, determina la disposición del 235 de aquel cuerpo de leyes.

La detención a que se refiere el inciso en estudio, supone que un oficial se halle privado de su libertad por breve tiempo de orden de una autoridad judicial, ya que esta medida dentro de las atribuciones administrativas de los superiores jerárquicos, no existe propiamente hablando, porque ella toma el nombre de arresto militar, al que ya nos hemos referido.

Nos parece perfectamente razonable el establecimiento de la circunstancia agravante del inciso final que comentamos, pues en los dos primeros casos que contempla—arrestado o detenido—existe un quebrantamiento de las órdenes que obligan al oficial a cumplir un castigo impuesto por la comisión de faltas o delitos o a permanecer a disposición de un tribunal, demostrándose, así, irrespetuoso de la disciplina y con intención de substraerse a la acción de la justicia.

Por otra parte, incurrir en el delito de abandono de destino estando en acto del servicio, importa aprovecharse de una facilidad especial como medio para ejecutarlo, y hacerlo en momentos en que, por estar desempeñando una función determinada, deben cumplirse con más estrictez y rigurosidad los deberes militares.

\*

\* \*

6. Por medio de la deserción los individuos de tropa se separan en forma arbitraria y culpable de la obligación de seguir prestando sus servicios en las fuerzas armadas. Se divide este delito en deserción simple y calificada, según que concurren o no las mismas circunstancias que en el delito que estudiamos hemos considerado como agravantes.

Expuesta esta breve idea, haremos un paralelo entre la penalidad aplicable a la deserción simple, o sea, considerada sin circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal, y el abandono de destino o residencia en iguales condiciones, lo que es de utilidad para fijar bien el concepto relativo a la importancia que concede la ley a ambos delitos.

La deserción y el abandono de destino o residencia tienen penas diversas en atención al tiempo en que se cometan, que, como vimos al tratar de las aplicables a este último, puede ser de paz o de guerra. En el primer caso, la deserción es castigada con reclusión militar menor en su grado mínimo, o sea, con pena que varía entre sesenta y un días y quinientos cuarenta; y el abandono de destino o residencia se sanciona con reclusión militar menor en cualesquiera de sus grados, que va desde sesenta y un días a cinco años.

En estado de guerra hay que distinguir si la deserción se comete frente al enemigo, en cuyo caso tiene presidio militar mayor en grado máximo a muerte, es decir, de quince años y un día a muerte; si en campaña, no siendo frente al enemigo, deberá aplicarse presidio militar mayor en cualesquiera de sus grados, o sea, cinco a veinte años; y en todos los demás casos, la deserción tendrá la pena de destino a una

compañía disciplinaria por dos a cinco años y pérdida del derecho a premios. El abandono de destino en este mismo estado de guerra, es sancionado distinguiéndose solamente si su comisión se efectuare frente al enemigo u en cualesquiera otro caso; si lo primero, corresponderá aplicar presidio militar perpetuo a muerte y si lo segundo, se aplicará presidio militar mayor en su grado medio a perpetuo, o sea, la escala de la pena fluctuará entre diez años y un día y presidio perpetuo.

Como puede verse, la penalidad con que la ley sanciona la deserción de los oficiales, es siempre mayor que la que ella misma señala para la deserción de los individuos de tropa, criterio que está de acuerdo con lo que hemos dicho acerca de la importancia del delito de abandono de destino o residencia y con el cual concuerdan las legislaciones extranjeras, con la sola excepción de la Argentina, cualesquiera que sea el sistema que sigan al tratar este delito.

\*  
\* \*

Con todo lo dicho, damos por terminado el Capítulo IV, que hemos venido estudiando. Veremos en el siguiente, algunos casos que el Código de Justicia Militar considera como constitutivos del delito de abandono de destino o residencia y que merecen ser analizados separadamente por presentar algunas particularidades.

---



## CAPITULO V

### Casos especiales constitutivos del delito de abandono de destino o residencia

Los artículos 311 y 312 del Código de Justicia Militar contemplan casos especiales constitutivos del mismo delito que estamos estudiando, y, por lo mismo, no se encuentran comprendidos en el artículo 308 citado en el Capítulo II; y el artículo 313 del mismo Código considera una situación más especialísima aun, motivos por los cuales vamos a tratar separadamente estas tres disposiciones.

El primero de estos preceptos dice: "será castigado también como reo de abandono de destino o residencia, el oficial que, después de recobrar su libertad como prisionero de guerra, no se presentare a las autoridades correspondientes dentro del plazo de quince días, si se encontrare en territorio nacional. Si se hallare en territorio extranjero, empezará a contarse ese plazo desde que haya podido regresar a la Patria empleando los medios que haya podido tener a su alcance".

Aparte de su pésima redacción, encontramos esta disposición de una vaguedad absoluta y creemos que raras veces, salvo el caso de delito flagrante, llegará a tener aplicación en virtud de las razones que consignamos.

Existen múltiples y variadas circunstancias que pueden influir en que la presentación de que habla el mencionado artículo 311, no se pueda efectuar en el plazo fatal que señala. Estos factores pueden ser referentes a las distintas condiciones

en que un oficial recobre su libertad; a las distancias no siempre iguales que los separen desde el punto en que quedan libres hasta el lugar en que se encuentre la autoridad correspondiente; a la escasez o falta de medios de movilización o económicos, según los casos; a la dificultad para precisar exactamente la fecha en que se obtiene la libertad, o a otras circunstancias imposibles de prever anticipadamente. En todos estos casos, no podría existir delito, porque “delito es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, y en ellos no concurriría el factor voluntad, ya que hecho constitutivos de fuerza mayor impedirían hacer dicha presentación, cuya falta es determinante del delito que tratamos, y, consecuentemente, no podrían computarse los plazos fijados por el Código de acuerdo con el conocido aforismo de derecho de que al impedido no le corren plazos.

El segundo inciso del artículo citado, confirma la vaguedad de la disposición que comentamos por cuanto fija como fecha inicial para contar el plazo, un hecho absolutamente incierto, cual es la posibilidad material que haya tenido el afectado para poder regresar a la Patria. Deja, en consecuencia, al arbitrio del oficial inculpado la determinación de aquella fecha que es de tan vital importancia para la existencia de la infracción y facilita, por tanto, el medio de eludir el castigo correspondiente.

Por otra parte, este mismo artículo 311 no señala las penas que habrían de aplicarse a los que incurrieren en la forma de delito que contempla. Nosotros creemos que ellas serán las correspondientes al estado de guerra o de paz, según si el delito se comete bajo el imperio de uno u otro estado, y que ya estudiamos al tratar la penalidad del delito de abandono de destino o residencia.

El artículo 312 sanciona a los oficiales en retiro temporal o pertenecientes a las reservas, que no se presentaren dentro del plazo de quince días después de notificados de su llamamiento al servicio y determina para estos casos las penas de reclusión militar menor en sus grados medio a máximo y destitución, si el hecho ocurriere en tiempo de guerra, y si en tiempo de paz, solamente la de destitución.

Fijaremos algunos conceptos.

Según el artículo 1.º del Decreto con Fuerza de Ley N.º 3,743, de fecha 26 de Diciembre de 1927, vigente desde el 10 del mismo mes del año 1926, el retiro del personal del Ejército o Armada puede ser temporal o absoluto. Serán comprendidos en el primero los oficiales que se hallaren en algunos de los casos enumerados en el artículo 23 del mismo Decreto con Fuerza de Ley, y en el retiro absoluto, los que comprende la disposición del artículo 24 del mismo. Los retirados temporalmente podrán ser llamados al servicio cuando el Presidente de la República lo estime necesario, llamamiento que, por ser una facultad del Ejecutivo, debe hacerse por medio de un decreto supremo; y los retirados absolutamente sólo pueden volver al servicio en virtud del mandato de una ley. No obstante la diferencia que anotamos, ambos personales, en retiro temporal o absoluto, pueden ser llamados al servicio por el Presidente de la República como personal de reserva por períodos que no excedan de sesenta días al año y con el fin de mantener la eficiencia de las fuerzas de la Reserva Nacional; en consecuencia, los dos casos de llamamiento al servicio se diferencian entre sí en que en este último se vuelve al servicio sólo en calidad de reservista y para el único objeto recién indicado; en cambio, en el primero, se recupera la misma calidad que antes se poseía, con todos los honores y prerrogativas.

Esta facultad del Ejecutivo para convocar al personal de la reserva está, por lo demás, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 41 y 42, 43, 71 y 72 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 31, de 12 de Marzo de 1931, sobre reclutamiento del Ejército, disposiciones que señalan las obligaciones del reservista y fijan las fechas en que deberán hacerse los llamamientos al servicio con el objeto de efectuar períodos de instrucción.

Pertencen a la reserva los oficiales retirados del servicio activo y los que después de cumplir con su servicio militar obligatorio hayan adquirido el título de Oficiales de Reserva. Los reservistas, como lo acabamos de ver al citar las referidas disposiciones de la Ley de Reclutamiento, tienen

obligaciones y deberes que cumplir, provenientes de su condición de personal de complemento del Ejército que, en momentos determinados, forman parte de las fuerzas movilizadas, llenando las necesidades que requiere la Nación cuando está en armas. De aquí que en tiempo de paz puedan ser llamados con fines de instrucción militar y para mantener la eficiencia de las fuerzas armadas, como queda visto.

Dadas estas explicaciones, estudiaremos el contenido del artículo mismo.

La disposición que comentamos se refiere tanto al tiempo de guerra como al de paz, puesto que en su segundo inciso indica penas distintas para ambos casos. Por lo tanto, por este motivo, no precisa la forma en que se haga el llamamiento al servicio, que puede ser, como vimos, por decreto o por ley.

En estas condiciones, no nos explicamos la razón que haya movido al legislador a restringir el alcance de la disposición del artículo 312, únicamente a la oficialidad en retiro temporal o perteneciente a las reservas, ya que, lo repetimos, los oficiales en retiro absoluto están obligados a volver al servicio activo, no como personal de reserva, cuando una ley así lo disponga; esto sucederá muy especialmente en los casos de guerra. Al proceder de este modo la ley ha dejado, pues, sin sanción a esta parte de la oficialidad en retiro sin que, como queda demostrado, exista razón alguna para ello.

Sostenemos, en consecuencia, que este artículo debe modificarse, suprimiendo la palabra "temporal" para que sus prescripciones comprendan tanto a los oficiales en retiro absoluto como a los retirados temporalmente.

Los oficiales que incurran en contravención a lo preceptuado en el artículo 312, serán castigados con reclusión militar menor en sus grados medio a máximo, o sea, con una pena que fluctuará entre quinientos cuarenta y un días y cinco años si el hecho ocurriere en tiempo de guerra y además con la pena de destitución del Ejército; y si el delito se cometiere en tiempo de paz, se aplicará solamente la destitución del servicio.

Esta última sanción, impuesta como pena principal en tiempo de paz, nos parece insuficiente, por cuanto por el ca-

rácter que ella tiene sólo podría afectar a los oficiales que por estar en retiro pudieran quedar privados de la pensión de que gozaren, que es uno de sus efectos propios y el único que en realidad tendría verdadera importancia, puesto que en el caso del personal de reserva en nada, prácticamente, vendría a perjudicarlo su situación.

Para salvar este vacío en la penalidad, podrían fijarse para el tiempo de paz las penas de reclusión menor en su grado mínimo y destitución. Así, por otra parte, se impondría una sanción más severa de acuerdo con la importancia del delito y en relación, también, con las otras penas impuestas para el caso de guerra.

El artículo 313 dice: “el oficial que dentro de doce meses consecutivos hubiere cometido faltas que sumen en total quince días de ausencia ilegítima en su destino o residencia, será castigado con la pena de suspensión de su empleo por seis meses, si el hecho ocurriere en tiempo de paz, y con la de reclusión militar en cualquiera de sus grados y destitución, si fuere en tiempo de guerra”. Agrega en el inciso 2.º que esto se entenderá siempre que la ausencia ilegítima no constituya por sí sola otros delitos.

Estos podrían ser abandono de servicio o abandono de destino o residencia y, en tal caso, no tendría aplicación la disposición antes citada. En consecuencia, se ve claramente que este artículo constituye un delito especialísimo que no es el de abandono de destino o residencia y que, seguramente, figura en el párrafo que trata de este último, debido a la relación que tiene con él en cuanto afecta a los oficiales y por constituir un caso aislado en el que tienen cabida las demás disposiciones del abandono de destino, motivo por el cual no ha merecido ser tratado separadamente. Contribuye a reforzar nuestra opinión el análisis de la intención con que se comete esta serie de ausencias ilegítimas, que no es, evidentemente, la de abandonar de una manera definitiva el servicio de las fuerzas armadas, intención que es un elemento esencial del delito de abandono de destino o residencia.

El fundamento de esta disposición lo encontramos en la sanción que ha de corresponder a los autores de las faltas

reiteradas a la disciplina, como son las ausencias ilegítimas, según el artículo 54 del Reglamento de Disciplina del Ejército.

Si bien es cierto que la reiteración de simples faltas no puede llegar a constituir delito, en conformidad a la calificación de la escala general del artículo 21 del Código Penal, no lo es menos que el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, en sus incisos 2.º y 4.º, autoriza para aplicar a dicha reiteración la pena mayor correspondiente a la falta más grave, aumentada en uno, dos o tres grados; de manera, pues, que por aplicación de este precepto puede llegar a imponerse una pena de simple delito, sin que esto quiera decir, por lo tanto, que dichas faltas se transformen en tal delito. Se trata, por consiguiente, de castigar judicialmente con una pena determinada un cierto número de faltas para evitar mayores abusos o para terminar con un mal que pudiera llegar a ser endémico en algunos oficiales, debido a la poca severidad con que se les sancione.

Conviene advertir que la pena de suspensión militar afecta exclusivamente a los oficiales, de acuerdo con los artículos 239 del Código de Justicia Militar y 56 del Reglamento de Disciplina del Ejército ya citado y que puede ser impuesta administrativa y judicialmente. La primera dura hasta sesenta días y queda sujeta a las modalidades del mencionado artículo 56, letra A, del mismo Reglamento, y la segunda va desde sesenta y un días hasta un año.

Los efectos de la suspensión del empleo militar son los de privar a quienes ella se aplique, de todas sus funciones y de los ascensos que les corresponderían mientras dure la condena, tiempo éste que no se les computará para el retiro y para la antigüedad en el grado. No obstante, los condenados a esta pena percibirán la tercera parte del sueldo asignado a su empleo.

Se considera, además, la suspensión del empleo como pena especial no sujeta a graduaciones, “con el objeto de que ella pueda aplicarse en toda su extensión, sin sujetarse a las reglas generales, cualesquiera que sean los grados de responsa-

bilidad del delincuente considerándolos como un grado de una pena divisible” (1).

La reclusión militar, como lo hemos visto anteriormente, se gradúa y tiene la misma duración que su homogénea de la ley penal común, o sea, existe la reclusión militar mayor y menor y sus grados van también del minimum al maximum. Pues bien, el artículo que venimos comentando al decir “con la reclusión militar en cualquiera de sus grados”, no señala qué clase de reclusión debe aplicarse, si la mayor o la menor, vacío que hace impracticable la aplicación de dicha pena en su categoría mayor, puesto que en la duda planteada por la disposición aludida habría que aplicar siempre la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, según las circunstancias que concurran, por ser ésta la más favorable al reo.

Deberá, en consecuencia, modificarse el artículo en estudio, de acuerdo con lo dicho, para aclarar su texto, ya que trata de una materia de importancia relacionada con el estado de guerra, en el cual se precisan sanciones más severas.

Como última observación al artículo 313 que tratamos, podemos decir que en la práctica sólo tiene importancia lo estatuido para el tiempo de guerra, puesto que en el de paz, el oficial antes de que cometiere el número total de faltas que indica el mismo precepto, será, lisa y llanamente, eliminado por la Junta Calificadora de Méritos que se reúne cada año, y entonces no cabría, la suspensión de que dicho artículo habla.

---

(1) Acta de la Comisión de Reformas al Código de Justicia Militar. (Sesión de 21 de Julio de 1932).



## CAPITULO VI

### **LEGISLACION EXTRANJERA. — Comentario general; sistemas seguidos por los diversos Códigos; análisis de sus disposiciones.**

1. El estudio comparativo de los diversos sistemas seguidos por las legislaciones extranjeras al tratar el delito de abandono de destino o residencia, es de señalada importancia, porque la confrontación de la legislación vigente en los principales países, sugiere siempre la oportunidad de útiles reformas que deben llevarse a la práctica tomando en cuenta muy especialmente las modalidades y características de cada pueblo, pues puede suceder que lo que convenga en un país sea inconveniente para otro, no produciéndose, entonces, la indispensable adaptación de las leyes. Este vicio, tan común entre nosotros, proviene del afán desmedido por imitar todo lo que sea extranjero y nos ha llevado hasta implantar instituciones, leyes y sistemas, olvidando que tanto el derecho como las instituciones son fruto, principalmente, del estado social de los pueblos.

Tomando en cuenta estos principios, señalaremos la legislación extranjera que rige acerca del delito que estudiamos, y, en seguida, formularemos algunas conclusiones propiciando las reformas que creemos necesarias.

\*

\* \*

2. Los Códigos militares han seguido dos sistemas para penar a los oficiales que abandonan definitivamente el servicio de las fuerzas armadas. Unos los castigan como reos del delito de desertión, y otros fijan reglas especiales para sancionarlos, estableciendo un delito distinto que toma, generalmente, el nombre de abandono de destino o residencia.

Además, existe una legislación sui-generis que no hace distinción entre uno u otro delito y que por su novedad es digna de tratarse separadamente: nos referimos a la legislación rusa, la que estudiaremos en primer término.

## RUSIA

El Código Penal de la Rusia Soviética, promulgado el año 1926 y modificado por la Ley de 20 de Mayo de 1930, establece en su parte especial un capítulo dedicado a tratar de los "Delitos Militares", cuyo artículo 193-7, dispone en sus diversas letras que:

"a) El abandono voluntario de un grupo de tropas o del lugar del servicio cuando la ausencia dure hasta seis días y hasta dos días durante maniobras y prácticas de breve duración, llamamientos de repetición y de control, será sancionado con privación de libertad hasta de un año;

"b) El abandono arbitrario de un grupo de tropas o del lugar del servicio con ánimo de substraerse por largo tiempo o por completo del cumplimiento de los deberes del servicio militar, aun cuando la ausencia del grupo de tropa o del lugar del servicio dure menos de seis días, será sancionada con la misma medida de defensa social;

"c) Los hechos previstos en los párrafos a) y b) de este artículo, cuando hubieren sido ejecutados dos o más veces o en tiempo de guerra aun cuando fuere por primera vez, serán sancionados con privación de libertad no inferior a seis meses y confiscación o sin ésta;

“*d*) Los hechos previstos en los párrafos *a*) y *b*) de este artículo si fueren ejecutados en tiempo de guerra y concurren circunstancias de especial agravación, serán sancionados con la más grave de las medidas de defensa social y además con la confiscación;

“*e*) Los hechos previstos en los párrafos *a*) y *b*) de este artículo, cuando fueren ejecutados por personal de mando supremo, alto o medio o por personal del mando inferior durante un servicio complementario, serán sancionados con privación de libertad no inferior a dos años, con confiscación o sin ella. Durante la guerra se impondrá la medida más grave de defensa social; y

“*f*) Si los hechos previstos en el párrafo *a*) de este artículo, fueren ejecutados en tiempo de paz por un superior concurriendo circunstancias de especial agravación, cuando la ausencia no dure más de doce días, o de cuatro, se aplicarán las disposiciones del Reglamento Disciplinario del Ejército Rojo de Trabajadores y Campesinos”.

Como se ve, este Código señala diversas penas según si la comisión de los hechos que castiga se efectuare en tiempo de paz o de guerra, concordando, en esta forma, con la manera de sancionar esta clase de delitos por todas las legislaciones.

El párrafo *a*) del artículo transcrito, está reglando sobre el abandono de servicios, porque se ocupa de los casos en que la ausencia no exceda de seis o de dos días, o sea, presume el hecho de volver al servicio en dichos plazos; en cambio, el párrafo *b*) se refiere, indudablemente, a la deserción o al abandono de destino, ya que supone el ánimo de substraerse por completo del cumplimiento de los deberes del servicio militar, prevaleciendo esta intención aun cuando la ausencia no dure más de seis días, plazo en el cual por otras circunstancias ajenas a la voluntad del inculpado pueda éste volver al servicio. La ley rusa, en consecuencia, atiende por sobre todo a la intención con que se comete el delito, elemento que concuerda con la definición que hemos dado del abandono de destino o residencia.

Relacionado con estos párrafos están los de las letras *c)* y *d)*. La primera señala para los casos de reiteración de los hechos ya mencionados en los párrafos *a)* y *b)* o cometidos por una vez en tiempo de guerra, una sanción que puede llegar hasta ser muy severa, por cuanto fija sólo el *mínimum* de la pena, dejando al arbitrio del juez la que habría de imponerse según las circunstancias y agregando la de confiscación, que es también facultativa. Sobre esta pena, como acerca de las demás, nos referiremos brevemente al final del estudio de esta legislación, porque estimamos de necesidad que se conozcan sus alcances.

En el párrafo *d)* se establece que concurriendo circunstancias agravantes en tiempo de guerra se impondrá la medida más grave de defensa social, que no es otra, como lo veremos, que la de muerte.

El artículo 193-8, en su letra *a)*, dispone que “el abandono arbitrario de un cuerpo de tropa o del lugar de servicio con ánimo de substraerse durante largo tiempo o por completo del servicio militar cuando la ausencia no dure más de seis días, si este hecho se repitiere sistemáticamente, se impondrán las medidas de defensa social previstas en el artículo 193-7, párrafos *a)* y *c)*”, o sea, privación de libertad hasta de un año o privación de libertad no inferior a seis meses y confiscación, aplicándose esta última pena, en los casos de repetida condena por iguales hechos, según lo dispone la nota agregada al final de este artículo.

La letra *b)*, de esta misma disposición, expresa que: “cuando los mismos hechos fueren ejecutados por personal de mando superior, del alto o del medio mando o cuando fuere ejecutado en servicio complementario por personal perteneciente al mando subalterno, se impondrán las medidas de defensa social previstas en el artículo 193-7, párrafo *c)*”.

El artículo 193-9 estatuye que sufrirán la medida de defensa social de mayor gravedad, los que abandonen un grupo de tropa o el lugar del servicio durante el combate y si concurrieren circunstancias atenuantes se impondrá privación de libertad no inferior a tres años, con confiscación o sin ella.

Por último, el artículo 193-10 establece que “la falta de

comparecencia en el servicio al debido tiempo y sin fundada razón con motivo de traslado, nombramiento, comisión o después de una licencia, será sancionada conforme a lo dispuesto en los artículos 193-7 y 193-9". El plazo durante el cual se debe comparecer no puede ser otro que el que señale el Reglamento Disciplinario del Ejército Rojo de Trabajadores y Campesinos, que nos ha sido imposible consultar. Comprende este precepto los casos que nuestro Código en los N.os 1.º, 3.º y 4.º del artículo 308 señala como constitutivos del delito de abandono de destino o residencia, ya que el traslado o nombramiento de que habla corresponde a la presentación en el puesto a que haya sido destinado un oficial. La comisión a que se refiere equivale a transitar en un lugar por actos del servicio, y no presentarse en lugar de su destino después de vencida la licencia correspondiente, es exactamente lo mismo que "después de una licencia".

La penalidad indicada es muy amplia, pues ella habrá que determinarla según los casos contenidos en el referido artículo 193-7, distinguiendo si los hechos ocurren en tiempo de paz o de guerra o si el delito es cometido por subalternos o por jefes.

Hay todavía otra disposición que puede tener atinencia con el delito que estudiamos, y es la del artículo 193-22, que prescribe: "que el abandonar voluntariamente el campo de batalla durante el combate, caer prisionero cuando no lo justifiquen las condiciones del combate, negarse al empleo de las armas durante la lucha, así como la fuga ante el enemigo, originan la imposición de la medida de mayor gravedad".

La escala ordinaria de las medidas de defensa social, de carácter judicial correccional como llama el Código Soviético a las penas de nuestra legislación penal, es la siguiente:

- a) La declaración de enemigo de los trabajadores con pérdida de la ciudadanía de la República a que el condenado pertenezca y al mismo tiempo de la ciudadanía de la U. R. S. S., con expulsión del territorio de la Unión;
- b) Privación de libertad en campos de trabajos correccional en territorio lejano de la U. R. S. S.;
- c) Privación de libertad en prisiones comunes;

- d) Trabajo obligatorio sin privación de libertad;
- e) Privación de derechos políticos y determinados derechos civiles;
- f) Extrañamiento temporal del territorio de la U. R. S. S.;
- g) Confiscación total o parcial;
- i) Etc., etc....

Sin embargo, por sobre todas estas medidas está la más grave de ellas: el fusilamiento, que se aplicará en la lucha contra los delitos de naturaleza más grave que amenacen los fundamentos del régimen y la organización del estado soviético y en los casos previstos expresamente en el Código. Es a esta pena a la que se refiere la ley en las disposiciones que hemos visto cuando impone “la más grave medida de defensa social”, puesto que esta clase de delitos militares afecta gravemente a los fundamentos del régimen, porque acarrea la desorganización del Ejército, tanto en tiempo de paz como de guerra, institución sobre la cual descansa, como es sabido, todo el régimen llamado de los soldados, obreros y campesinos.

La confiscación de bienes consiste en la expropiación forzosa en beneficio del Estado de toda la fortuna del culpable o de una parte de ella que determinarán los tribunales, aun cuando se trate de su propiedad personal o de su parte en una propiedad común, y se impondrá siempre como medida accesoria. Sin embargo, ella no podrá recaer sobre los objetos indispensables para satisfacer las necesidades del hogar del condenado y de su familia, así como tampoco sobre los instrumentos empleados para adquirir los medios de vida de pequeñas industrias domésticas o en la propiedad industrial o agrícola, esto último a menos que el tribunal prive al condenado del ejercicio de su profesión.

Por vía ilustrativa diremos que el Código fija y determina el valor total de los medios de subsistencia y de las sumas que se dejen al condenado y a su familia, los que no podrán exceder para cada uno de los miembros de ésta del jornal medio trimestral de un obrero de la localidad; en los casos de confiscación, además, el Estado no responderá de las deudas contraídas después de las medidas tomadas para la pro-

tección de los bienes por las autoridades encargadas de la persecución penal o por las autoridades judiciales y sin su asentimiento.

Como existen varios casos en que no se señala por la ley el máximo de la pena de privación de libertad, es necesario decir también, que esta medida puede imponerse por un espacio de tiempo hasta de diez años.

\*

\* \*

3. Entre los Códigos que tratan la deserción de los oficiales como un delito especial, distinto de la deserción de la tropa, merecen citarse los de Argentina, España y Perú. Los analizaremos brevemente.

### ARGENTINA

El Código de Justicia Militar argentino—Ley 3,679, de 31 de Enero de 1898, modificado por Ley 4,708, de Agosto de 1905—establece que cometen el delito de abandono de destino o residencia los jefes y oficiales que se hallaren en los siguientes casos:

“1.º Cuando faltan tres días continuos del lugar de su destino o residencia, sin autorización superior;

“2.º Cuando no se presenten al superior de quien dependen, cuarenta y ocho horas después de vencida su licencia temporal;

“3.º Cuando no llegan al punto de su destino, regresan después de emprendida una marcha o se desvíen del derrotero que en su pasaporte se les señaló como indispensable, haciéndolo sin orden correspondiente y sin motivo justificado;

“4.º Cuando estando en marcha las fuerzas a que pertenecen, se quedan en las poblaciones sin el correspondiente permiso o con pretexto de enfermedades o males supuestos o por otros motivos que no sean legítimos;

“5.º Cuando hubieren recibido orden de marcha y no la emprendiesen, después de cuarenta y ocho horas, sin impedimen-

to legal y sin permiso de la autoridad militar que corresponde; y

“6.º Cuando recobran su libertad como prisioneros de guerra y no se presentan, sin causa justificada, a cualquiera autoridad militar de la República en el plazo de cinco días. Si se encontraren en territorio extranjero, los cinco días se cuentan desde que tuvieron la oportunidad o el medio de presentarse a la autoridad a que se refiere el párrafo anterior”.

El artículo 675, señala las penas que correspondan al delito, que son: en tiempo de paz, apercibimiento o arresto hasta de dos meses, y en tiempo de guerra, arresto, suspensión de empleo, prisión o destitución, según las circunstancias de cada caso, y cuando el abandono de destino exceda de quince días, la pena será en todo tiempo de destitución.

Los N.os 1.º y 2.º antes mencionados, son equivalentes a los N.os 2.º y 4.º del artículo 308 de nuestro Código; debemos observar, sin embargo, que los plazos establecidos en los primeros son más reducidos que los fijados por nuestra ley, siendo, por lo mismo, más rigurosas sus disposiciones, lo que se explica debido a la gran diferencia de tiempo en que fueron dictados ambos cuerpos de leyes.

El N.º 3.º, en su primera parte, no señala un plazo para presentarse en el destino y después del cual se incurra en el delito, pero en el silencio de la ley debe entenderse que lo será el que señalen los Reglamentos respectivos.

Los demás casos a que se refiere el mismo N.º 3.º, como asimismo los citados en el N.º 5.º, no los consideramos constitutivos del delito de abandono de destino o residencia, de acuerdo con la definición que nosotros hemos dado de este delito. En efecto, es elemento esencial de él, la intención de abandonar definitivamente el servicio, intención que no concurre en aquellos casos, como se desprende de su sola lectura. Creemos que ellos pueden ser más bien objeto de otros delitos sancionados en el mismo Código, como los de abandono de servicio, desobediencia, negligencia o insubordinación.

El N.º 4.º señala una circunstancia que en realidad supone esa intención, de abandonar las fuerzas a que pertenecen los jefes u oficiales, como es la de quedarse en una población

sin el permiso necesario o fingiendo un medio para hacerlo. Esta disposición no está comprendida en nuestra ley como constitutiva del delito que estudiamos, y puede ser considerada como tentativa del mismo, de acuerdo con lo que expusimos en el párrafo del delito frustrado y la tentativa.

El N.º 6.º es igual a la disposición de nuestro artículo 311 y el plazo señalado es como en los otros números sensiblemente más corto en relación con el que fija este último artículo. Notamos también que la ley argentina determina que la presentación en esos casos deberá hacerse a cualquiera autoridad militar de la República, mientras que la ley chilena establece que sólo podrá efectuarse ante las autoridades correspondientes.

Contrastando con la mayor severidad que emplea el Código argentino para que se entienda cometido el delito, está la disposición que fija la penalidad, que es sumamente suave y benigna. En realidad, el criterio seguido por el Código que venimos estudiando no se aviene con la importancia del delito en tiempo de paz ni con los efectos desastrosos que puede producir en el estado de guerra. A mayor abundamiento, el propio Código argentino al tratar de la deserción, la castiga con penas muy severas, como ser: calabozo y recargo de servicio por tres años en tiempo de paz y hasta con la muerte en tiempo de guerra; no nos explicamos, entonces, la causa por qué es sancionada tan fuertemente la deserción de la tropa y se es tan benigno en la aplicación de las penas correspondientes al mismo delito cometido por la oficialidad.

Hay todavía una observación que hacer sobre las disposiciones del Capítulo III, Título II, del Código de Justicia Militar argentino, y ella se refiere a la última parte del artículo 675, que sanciona con la destitución, en todo tiempo, si el abandono excede de quince días.

Esta disposición nos confirma en la opinión de que el Código argentino confunde el abandono de destino con otros delitos, como lo dijimos al tratar de los casos determinados en los N.os 3.º y 5.º, porque, precisamente, lo que lo distingue del abandono de servicio, es esa intención, que hemos repetido de substraerse permanentemente del servicio de las fuer-

zas armadas y, por lo tanto, se presume que debiendo ser siempre definitivo el abandono de destino, debe exceder del plazo de quince días. Pudiera pensarse que este plazo mínimo para imponer la destitución correspondiera a una circunstancia agravante de idénticos alcances que la del inciso 4.º del artículo 309 de nuestro Código de Justicia Militar, pero nos resistimos a interpretarlo así fundándonos en los propios términos de la ley argentina, de los cuales no puede deducirse tal interpretación.

En resumen, diremos que el Código argentino, tratando de este delito, es anticuado y confuso, por lo que se hace sentir fuertemente la necesidad de su reforma. Así lo han reconocido en su propio país gobernantes y legisladores, quienes han propiciado su modificación en los años 1913, 1914, 1917 y 1923, designando comisiones especiales para que presentaran proyectos sobre la materia y de cuyos esfuerzos nada se ha podido realizar aún.

## ESPAÑA

El Código de Justicia Militar español, de fecha 27 de Septiembre de 1890, que no hemos podido saber si ha sido derogado después de la última Revolución, contiene solamente cuatro disposiciones relativas a la materia que estudiamos, en las que señala los casos que considera constitutivos del delito de abandono de destino o residencia, y la penalidad aplicable a él.

Dichos casos pueden resumirse en tres, que son: *a)* faltar tres días, que se considerarán transcurridos pasadas tres noches, del puesto donde se tenga el destino o residencia o no presentarse en él cumplida la licencia temporal de que se hubiere disfrutado; *b)* dejar de presentarse en su destino en los plazos reglamentarios; y *c)* no presentarse a las autoridades correspondientes al recobrar la libertad como prisionero de guerra en el plazo de quince días, si el oficial se hallare en territorio nacional, plazo que empezará a contarse ocho días después de no haber puesto los medios que tuviere a su

alcance para regresar a la patria, si el oficial se encontrare en territorio extranjero.

La ley española castiga el delito de abandono de destino con la pena de reclusión militar perpetua a muerte, si se cometiere al frente del enemigo, rebeldes o sediciosos; con prisión militar mayor si se ejecuta en operaciones de campaña, fuera del caso anterior; y con pérdida del empleo en todos los demás casos si se dejare transcurrir dos meses desde la consumación del delito sin presentarse a las autoridades correspondientes.

Cuando el oficial que abandone su destino no esté comprendido en este último caso, será sancionado con arresto militar o suspensión del empleo en conformidad a las reglas con que se castigan las faltas graves, o sea, en estos casos no hay delito propiamente hablando.

## PERU

El Código de Justicia Militar del Perú rige desde 1929, y establece en su artículo 234, que cometen abandono de destino los oficiales que, salvo el caso de imposibilidad material o de justificación probadas, practiquen algunos de los hechos siguientes:

1.º “Faltar por más de tres días, que se considerarán transcurridos pasadas tres noches, del lugar de su destino o residencia;

2.º “No presentarse al superior cuarenta y ocho horas después de cumplida la licencia temporal que les hubiere sido acordada;

3.º “No llegar al puesto de su destino en los plazos reglamentarios; regresar después de emprendida una marcha o desviarse del derrotero que se les señaló como indispensable;

4.º “No emprender la marcha después de transcurridas veinticuatro horas de haber recibido orden de hacerlo;

5.º “Quedarse en las poblaciones, estando en marcha las fuerzas a que pertenecen, sin el correspondiente permiso o con pretexto de enfermedades o males supuestos o por otros motivos que no sean legítimos;

6.º “No presentarse al ser llamados al servicio los que estén fuera de él o con licencia, vencidos los plazos señalados o dentro del término más breve, si no estuviesen fijados;

7.º “Abandonar definitivamente el servicio antes de haber sido concedida la baja o licencia solicitada; y

8.º “Dejar de presentarse, pudiendo hacerlo, a cualquier autoridad militar en el término de la distancia los prisioneros de guerra que recobren su libertad”.

El abandono de destino es castigado por esta legislación con la pena de cárcel, si se cometiere frente al enemigo; con reclusión militar si fuere en territorio que se halle en estado de guerra, y con separación temporal del servicio, en tiempo de paz, siempre que se dejare transcurrir treinta días desde la consumación del delito sin presentarse a las autoridades competentes; si se hiciera la presentación antes de este plazo, la pena será la que corresponda al autor de falta grave.

La tentativa de ejecutar el delito será castigada con pena de clase inferior a la que corresponde al delito consumado, y el delito frustrado tendrá la misma pena que este último.

Debemos advertir que, según este Código, la pena de cárcel comprende desde un año hasta cinco años, y que las disposiciones del mismo se aplican tanto al Ejército como a la Marina de Guerra.

Hacemos notar también que la penalidad señalada por la ley peruana al delito de abandono de destino es la más benigna de cuantas establecen los diversos Códigos, especialmente en los casos de cometerse el delito frente al enemigo, para los cuales la mayoría de las legislaciones imponen la pena de muerte, mientras que el Código que comentamos sólo estatuye como máximo para dichos casos, la pena de cinco años de cárcel.

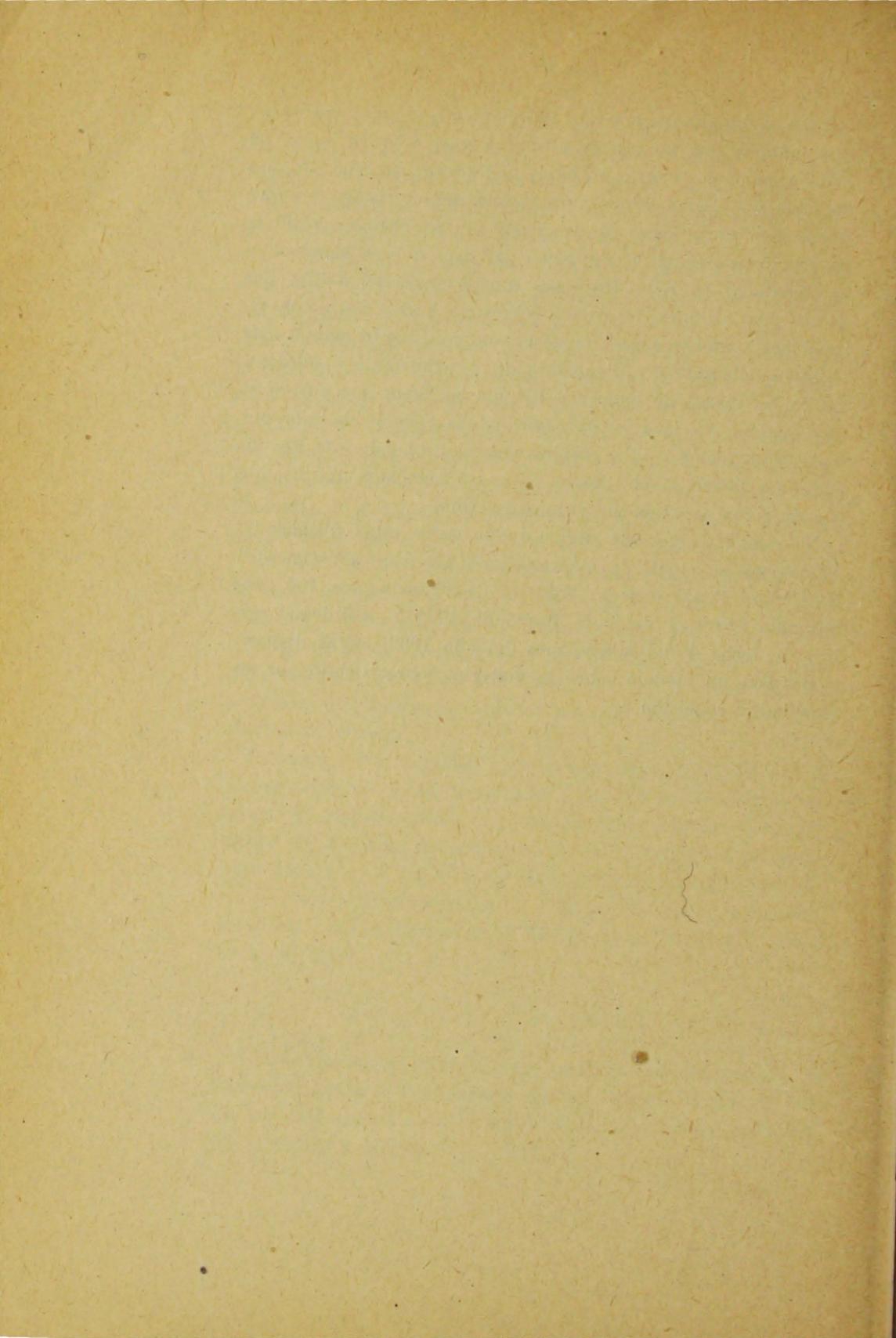
\*  
\* \*

4. Las legislaciones que aplican unas mismas reglas para la desertión, tanto de los oficiales como de los individuos de tropa, se contienen en los Códigos de Francia, Italia, Suiza, Brasil, Uruguay y Méjico.

Estudiarlas detalladamente nos parece que sería entrar en una materia que no nos es propia y que, además, ya se ha dado a conocer en otros trabajos universitarios. Sólo diremos de ellas que todas tienen una misma característica general, única diferencia entre la deserción de los oficiales y de la de tropa, que es la mayor severidad con que se sanciona a la oficialidad en todos los casos constitutivos del delito. Las demás disposiciones de estos Códigos no hacen distinción alguna entre ambas clases de deserción y se conforman a este objetivo hablando genéricamente de "el militar" y substituyendo los plazos de listas fijados por las leyes que siguen el otro sistema ya mencionado, por los de tiempo contado por días, substitución que se explica por el hecho de que los oficiales no tienen la obligación de pasar las listas diarias que son de rigor para los individuos de tropa.

No estará demás que digamos que entre estas últimas legislaciones se cuenta la más moderna que rige actualmente: El Código Penal para el Ejército de Francia, que fué promulgado por Ley de 9 de Marzo de 1928 y modificado por Ley de fecha 4 del mismo mes del año 1932, cuyas disposiciones son un modelo sobre la materia, sobresaliendo por su claridad y concisión.

---



## CONCLUSION

Hemos visto que las legislaciones extranjeras siguen dos sistemas al considerar el delito de abandono de destino o residencia, encontrándose la nuestra entre las que lo tratan como un delito distinto del de deserción, que aplican solamente a los individuos de tropa.

Al estudiar las diversas disposiciones del Título V, Párrafo 4.º del Código de Justicia Militar, hemos llamado la atención acerca de los errores y vacíos que contienen, fijando al mismo tiempo algunas ideas que pudieran servir para reparar esas deficiencias dentro del sistema vigente.

Sin embargo, esto no puede, indudablemente, obstar a que indiquemos nuestro pensamiento en orden a propiciar la conveniencia que existiría de refundir en unas mismas disposiciones las relativas a los delitos de deserción y de abandono de destino o residencia, considerando ambos delitos como uno sólo.

En efecto, las circunstancias en que se cometen uno u otro delito son, se puede decir, las mismas, y, aunque si bien es cierto que los plazos señalados para los casos en que se consume deserción, pudieran parecer más largos, ya que se habla de ocho listas, etc., debe tenerse presente que los individuos de tropa pasan estas listas dos veces al día y que, por lo tanto, el delito se viene a consumir después de transcurridos cuatro días, plazo éste en que se considera perfeccionado el abandono del destino; por lo demás, el propio Código actualmente, después de la reforma de 1932, ha suprimido las

listas tratándose de la deserción de los carabineros. Hay solamente un caso constitutivo del delito de abandono de destino o residencia que no está comprendido entre la deserción y es el que castiga a los oficiales que transitando por actos del servicio, no se presentaren a los superiores respectivos dentro del tiempo que el N.º 3.º del artículo 308 indica; pero, a nuestro juicio, esta falta de sanción para los individuos de tropa que se hallen en la misma situación, no es más que una omisión de la ley; puesto que, aunque talvez menos frecuente el desempeño de comisiones por esta clase de individuos, es un hecho que ellos las pueden recibir y el propio Reglamento de Servicio de Guarnición señala plazos para hacer las presentaciones en estos casos. No habría inconveniente alguno, en consecuencia, para incorporar a las reglas relativas a la deserción, lo dispuesto en este N.º 3.º

Dijimos al tratar de las circunstancias agravantes especiales del abandono de destino que ellas eran las mismas que hacían que la deserción tomara el nombre de calificada, o sea, que esta última forma de delito no es más que la concurrencia de una de aquellas circunstancias en el hecho delictuoso, por lo que en ambos casos se obtiene el mismo resultado de aumentar la pena. Esta situación, es también, por consiguiente, la misma en ambos delitos.

Por otra parte, además de la igualdad de normas que hemos señalado, debe tenerse también presente que los casos que consideramos especiales del delito de abandono de destino, estudiados en el Capítulo V, están igualmente tratados en el artículo 322 del Código como constitutivos de deserción.

En cambio, el párrafo del abandono de destino o residencia es absolutamente incompleto, no reglándose, como lo hemos visto, sobre materias importantísimas, como acerca de los cómplices y encubridores, delito frustrado y tentativa, etc., las que, sin embargo, están contempladas en el delito de deserción, entre cuyas disposiciones se cuentan también algunas sobre responsabilidades civiles, casos de conmoción interior, castigos disciplinarios, y otras perfectamente aplicables al delito de deserción de los oficiales.

Todas estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que es injustificado e inconveniente el sistema adoptado por nuestro Código de Justicia Militar al considerar estos delitos, ya que incurriéndose en ellos por la perpetración de un mismo hecho punible, cual es el de abandonar el destino con la intención de no volver a él, se aplican a ambos idénticas reglas, y, por lo tanto, no puede servir de excusa para establecer dos delitos la circunstancia de que determinados individuos, por su categoría y responsabilidad, deban sufrir mayores penas.

Los Códigos deben ser sencillos para que sean fáciles de comprender y de aplicar y es característica de su sencillez la de que no contengan disposiciones inútiles; el Código de Justicia Militar, en esta parte, no se conforma a esta regla y por eso es necesaria su reforma.

Queremos agregar a las consideraciones que hemos hecho para probar la inconveniencia del actual sistema seguido por nuestra ley militar, algo que insinuamos en la introducción de este trabajo relacionado con la importancia misma del delito de abandono de destino o residencia.

Es en el estado de guerra cuando en realidad adquiere verdadero interés práctico el delito que estudiamos, pues, por lo general, en tiempo de paz los oficiales nunca llegan a cometer deserción debido al carácter de la prestación que efectúan, que es, se puede decir, voluntaria, porque, actualmente sobre todo, cuando quieren separarse del servicio les basta presentar su expediente de retiro, el que difícilmente se rechazará sin mediar un acuerdo posterior con el propio interesado; además, un oficial de mal comportamiento será indefectiblemente destituido o llamado a calificar servicios antes de que se haga acreedor a sanciones judiciales.

Lo anterior explica que no nos haya sido posible conocer algún caso de este delito cometido en tiempo de paz y justifica, por ello, aparte de lo ya dicho, la modificación que proponemos.

En conclusión, sostenemos que las disposiciones de los delitos de deserción y de abandono de destino deben refundir-

se, indicando, simplemente, para los diversos casos que constituirían el delito, sanciones más severas que se aplicarían a la oficialidad. De este modo se llenarían los vacíos que hoy se presentan en el párrafo del abandono de destino o residencia y se daría un paso hacia una mayor precisión y claridad en las disposiciones del Código de Justicia Militar.

Sabemos que actualmente el Colegio de Abogados ha designado una Comisión de su seno para que estudie las reformas que convendría introducir al Código de Justicia Militar. Por nuestra parte, insinuamos que, si esta iniciativa prospera, se comprendiera en la reforma a efectuarse la materia que hemos tratado, tomando en cuenta las ideas expuestas en este trabajo.

---

## BIBLIOGRAFIA

- Actas de Sesiones de la Comisión de Reformas del Código de Justicia Militar. 1932.
- Boletín de Léyes y Decretos del Gobierno.
- BOSCH, ADOLFO.—Derecho Penal y Disciplina Militar.—Bruselas, 1887.
- Código Penal de la Rusia Soviética.
- Código de Justicia Militar chileno.
- Código de Justicia Militar argentino.
- Código de Justicia Militar uruguayo.
- Código de Justicia Militar peruano.
- Código de Justicia Militar mejicano. (Ley de Org. y Comp.).
- Código de Justicia Militar francés.
- Código Penal Militar de Suiza.
- Código de Justicia Militar italiano.
- Código de Justicia Militar español.
- Dictámenes de la Auditoría General del Ejército.
- ESTÉVANEZ, N.—Diccionario Militar.—París, 1897.
- Gaceta de los Tribunales.
- GAVET, ANDRÉ.—El arte de mandar. Traducción de Espíndola.—Santiago, 1910. (Obra premiada por la Academia Francesa).
- GRACIA Y HERNÁNDEZ.—Nociones teórico-prácticas de procedimientos judiciales. Tomo II.—Madrid, 1897.
- GÉRARD.—Cuerpo de Derecho Penal Militar.—Bruselas, 1847.
- LABATUT, GUSTAVO.—Apuntes de clase de Derecho Penal.—Valparaíso, 1931.

- LARA, ALBERTO.—Ordenanza General del Ejército.—Santiago, 1923.
- LE POITTEVIN, GUSTAVE.—El Nuevo Código de Justicia Militar. (Revue de Droit Pénal et de Criminologie et Archives Internationales et Medecine Légale).—Lovaina, 1928.
- MONTERO, MANUEL.—Explicaciones del Código Militar.—Santiago, 1927.
- PEÑA Y CUÉLLAR.—Introducción al estudio del Derecho Militar.—Madrid, 1886.
- POU RIBAS, NICASIO.—Código de Justicia Militar, vigente, anotado y concordado.—Madrid, 1927.
- Reglamentos del Ejército.
- RISSE DOMÍNGUEZ, CARLOS.—Información sobre el Proyecto de Ley de Disciplina Militar argentino.—Buenos Aires, 1927.
- SALVO, JUAN DE LA CRUZ. — Jurisdicción Militar. — Santiago, 1894.
- SANTA CRUZ, JOAQUÍN.—Proyecto de Código Penal para el Ejército.—Santiago, 1914.
- SANTA CRUZ, HERNÁN.—Características y Jurisprudencia del nuevo régimen militar. (Memoria de Prueba).—Santiago, 1928.
- SILVA, JORGE GUSTAVO.—La jurisdicción militar en la Marina de Guerra.—Santiago, 1929.
- Sentencias del Juzgado Militar y de la Corte Marcial.
- UNDURRAGA, LUIS.—De la Deserción. (Memoria de Prueba).—Santiago, 1932.
- VICO, PIETRO.—Diritto Penale Militare.—Milán, 1917.
-

# INDICE

---

	<u>Págs.</u>
INTRODUCCIÓN.....	7

## CAPITULO PRIMERO

Importancia del delito.....	11
Definición.....	12
Orígenes.....	14
Relación entre el tema y los delitos de abandono de servicio y de abandono de funciones públicas.....	17

## CAPITULO II

Agentes del delito.....	21
Circunstancia en que se consuma.....	22

## CAPITULO III

Autores, cómplices y encubridores.....	31
Delito frustrado y tentativa.....	33

## CAPITULO IV

Penalidad.....	39
Delitos y faltas disciplinarias.....	47

	Págs.
Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes....	47
Paralelo entre las penas aplicables a la deserción y al delito de abandono de destino.....	56

CAPITULO V

Casos especiales.....	59
-----------------------	----

CAPITULO VI

LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

Comentario General.....	67
Sistemas y análisis de los diversos Códigos.....	68
CONCLUSIÓN.....	81



