

EL DELITO MILITAR EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR CHILENO

por Sergio M. ROMAN VIDAL

Mayor del Cuerpo Jurídico Militar Chileno

SUMARIO: 1. Ausencia de un concepto legal.—2. Concepto doctrinal.—3. Delitos militares propios e impropios.—4. Delitos dolosos y culposos.—5. Los principios generales y sus particularidades: a) Aspectos negativos del delito. b) Constelación de circunstancias.—6. Participación de no militares en delitos propiamente militares.—7. Concurso de delitos militares y comunes.

1. AUSENCIA DE UN CONCEPTO LEGAL.

El Código de Justicia Militar chileno no define ni da concepto alguno del delito militar.

Es cierto que en sus artículos 5.º, núm. 1.º, y 206 que lo complementa (1), contiene una referencia al delito militar tendiente a su determinación para los efectos de fijar la jurisdicción, de concretar el ámbito funcional de la ley penal militar; pero tal referencia, dado que la jurisdicción está fundamentalmente determinada por la materia, está muy lejos de ser un concepto o noción de aquél.

(1) Dice el artículo 5.º, número 1.º, contenido en el libro I del Código: "Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: ... 2.º) De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código o en leyes especiales que someten el conocimiento de sus infracciones a los Tribunales militares." Y agrega el artículo 206, contenido en el título I del libro III: "La injuria y la calumnia entre militares se considerará siempre delito militar, pero se penará de acuerdo con la ley común, salvo que constituya un delito especialmente penado por este Código."

Mas, al disponer en su art. 205 (2) la aplicación supletoria, en materia militar, de las disposiciones del libro I del Código penal cuyo art. 1.º define el delito (3), el Código de Justicia Militar hace suya, aplicable al delito militar, la definición formal de delito contenida en el referido precepto, desde que no contiene regla especial.

Formalmente, jurídico formalmente, el delito militar no es, pues, un ente distinto del delito común, como adelantábamos ya en la noción del Derecho penal militar; constituye, como el delito común, una acción típicamente antijurídica, culpable y punible, según la concepción técnicojurídica de éste, acorde con la definición legal del mismo contenida en el artículo 1.º del Código penal, iluminado por el artículo 10, que establece las eximentes de responsabilidad criminal y aplicables en materia militar.

Pero si estructuralmente son idénticos delito militar y delito común por el envío que el Código de Justicia Militar hace al Código penal común, la diferencia entre uno y otro, que por cierto no altera su esencia jurídica, y que supone una particularización que el aditamento militar entraña, ha de hallarse entonces en su concepción material de lesión o puesta en peligro de determinados bienes o intereses jurídicos.

Y ahora adquiere valor el precepto del art. 5.º, núm. 1.º Si la ley penal militar tiene una esfera funcional de aplicación con arreglo al art. 1.º del Código (4); si no puede ser aplicada sino por los Tribunales Militares, y el núm. 1.º del art. 5.º nos dice que corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento, entre otros, de las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los que señala, quiere decir que no hay más delitos militares que los señalados. Por la esfera funcional de aplicación de la ley penal militar, el art. 5.º, núm. 1.º, adquiere un valor sustantivo; nos indica cuáles son los delitos militares.

Dice el precepto que se entiende por delitos militares los contemplados en el Código o en leyes especiales que sometan el conocimiento de sus infracciones a los Tribunales Militares.

Será la ponderación de los bienes jurídicos contra los que atentan las conductas delictivas descritas en el Código y en las leyes

(2) Dice el artículo 205, que encabeza el título 1.º del libro III del Código: "Tendrán aplicación en materia militar las disposiciones del libro I del Código penal, en cuanto no se opongan a las reglas contenidas en este Código."

(3) Dice el artículo 1.º del Código penal en su inciso 1.º: "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley."

(4) Dice el artículo 1.º: "La facultad de conocer en las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código."

especiales aludidas (5), la que nos permita una elaboración doctrinal del concepto material del delito militar que esta particularización reclama.

2. CONCEPTO DOCTRINAL DEL DELITO MILITAR

La rúbrica de los títulos y de los párrafos en que tradicionalmente se dividen las partes especiales de los Códigos penales realiza una importantísima misión, la determinación, con más o menos precisión, de los bienes jurídicos o intereses jurídicos que se protegen con la incriminación de las conductas que en cada uno de ellos se describen y contra los que el delito atenta; importantísima misión por el valor interpretativo que la concreción del bien jurídico protegido tiene en la determinación del verdadero sentido y alcance del precepto punitivo.

Por tanto, la sola atención prestada a la denominación de los títulos y párrafos del libro III del Código de Justicia Militar que contiene la parte especial penal militar y a la denominación de las leyes especiales cuya infracción penalmente trascendente se somete a la jurisdicción militar, y que nos está indicando su contenido, es bastante para, realizando una abstracción aún mayor que la que entraña la determinación del bien jurídico protegido en cada grupo de categorías penales, intentar una definición o concepto doctrinal del delito militar, válido para el ordenamiento positivo chileno, que permita distinguirlo del delito común, no particularizado por la expresión militar.

En este sentido creemos que puede definirse el delito militar como un atentado contra la disciplina o el potencial militar de la nación (6).

Ya dijimos por ello que el contenido del Derecho penal militar venía determinado, primero, por la infracción de deberes militares y, luego, por el atentado contra bienes jurídicos que dicen relación con la existencia y seguridad misma del país y del Ejército.

(5) Leyes especiales de las que no conocemos sino tres: la Ley de Reclutamiento, cuyo texto refundido se fijó por Decreto con número de ley 11.170, de 30 de abril de 1953; el Decreto con fuerza de ley sobre Navegación Aérea, núm. 221, de 15 de mayo de 1931, y la Ley de la Defensa civil de Chile, cuyo número y data no recordamos. (Véase la nota marginal (1) de la publicación del mismo autor aparecida en el núm. 8 de la REVISTA, pág. 115.—N. DE LA R.)

(6) Es conveniente tener presente que en nuestra terminología la expresión delito es comprensiva de la falta penal. La definición legal del delito contenida en el artículo 1.º del Código penal común comprende la falta penal.

3. DELITOS MILITARES PROPIOS E IMPROPIOS

Lo que confiere carácter, pues, al delito militar es su objetividad jurídica, según lo anteriormente expuesto. Es ello lo que le particulariza.

Mas, como esta particular objetividad jurídica está constituida no sólo por la infracción de deberes militares penalmente trascendentes, cuya protección es misión peculiar del Derecho penal militar, sino, además, por el atentado contra el potencial militar de la nación, cuya protección por extensión se viene asignando tradicionalmente al Derecho penal militar, y ese atentado es susceptible de perpetrarse por una serie de conductas que atentan principalmente contra bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal común, síguese de ello una importante consecuencia que viene a incidir en los principios generales que gobiernan el delito, sobre todo en la teoría de la participación y del concurso.

Es ella, y determina una primera clasificación de los delitos militares, la de que junto a delitos propiamente militares o militares propios, como hemos llamado, hay delitos comunes militares o militares impropios.

Los primeros están constituidos por la infracción de deberes militares penalmente trascendentes, y como aquéllos competen sólo a éstos, resulta que sólo puede ser ejecutor material de estos delitos quien invista la calidad de militar.

Es de tal manera relevante en la configuración de la infracción la calidad o condición personal del agente que, sin su concurrencia, no puede cometerse.

De ahí que llamemos a estos delitos, delitos militares propios. Ejemplos de ellos constituyen la desertión, el abandono de servicio, la desobediencia, etc.

Los segundos, los delitos militares que hemos denominado comunes-militares o impropios, están integrados por el atentado contra el potencial militar de la nación, y como éste puede realizarse por una serie de conductas, según acabamos de decir, que lesionan bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal común, como en éstos, en general, tal atentado puede perpetrarse por militares o civiles, indeterminadamente por todos.

Y es por ello que los hemos denominado impropios, en cuanto pueden ser cometidos por cualquiera; la incriminación, en general, no tiene aquí destinatario; la acción que hace el delito puede ser cometida por militares o civiles. Ejemplos, de ellos constituyen la traición militar, el espionaje, el robo o hurto de material de guerra, etc.

Dentro de los delitos militares propios suele distinguirse por la doctrina los delitos esencialmente militares de los secundaria

o accesoriamente militares, según se trate de la infracción de deberes militares, esencialmente militares o secundariamente militares: es decir, de la infracción de deberes que sólo tienen existencia en razón de la existencia misma de los Ejércitos o de deberes que se imponen al militar por su condición funcionaria, con trascendencia penal fuera del Código de Justicia Militar, en tanto que aquéllos no la tienen. Ejemplos de los primeros serían los delitos del centinela, el abandono de servicio, etc.; en tanto que pertenecerían a la segunda categoría, por ejemplo, la desobediencia, la denegación de auxilio, la usurpación de atribuciones, etc.

Esta subclasificación de los delitos militares propios tiene una importancia muy relativa: manéjase por la doctrina, en particular, *en orden a la no extradición de delincuentes por delitos militares*, propugnándose la reserva de la no extradición exclusivamente para los delitos militares, esencialmente tales.

Más importante nos parece, desde el punto de vista del ordenamiento positivo chileno, distinguir entre los que hemos denominado delitos militares impropios, todos delitos comunes calificados, según entendemos (7), aquéllos calificados por la condición o calidad personal del agente de aquéllos calificados por la afectación militar del objeto material del delito.

Entendemos por delitos calificados por la calidad o condición personal del agente, aquellos en que la acción que hace el delito puede ser ejecutada por cualquiera, siendo siempre delictiva, realizada, de hecho, por un sujeto en quien se dé o no la calidad personal que la figura requiere. Toda vez que ello ocurre, la calidad personal es un simple elemento de valoración especial que no hace al tipo y ello reviste suma importancia en la teoría de la participación en orden a la comunicabilidad de las calidades o condiciones personales.

Tomemos, como ejemplo, el delito de traición militar (8). En el art. 244, el Código sanciona, con una pena más rigurosa que la que asigna al delito el Código penal común, al militar que comete, en general, traición, en alguna de las formas previstas en los preceptos del Código penal que indica.

No se trata en el supuesto ya de un delito militar propio: la acción que hace el delito puede ser ejecutada, de hecho, por cualquiera y siempre es delictiva. La calidad o condición personal de militar no es aquí elemento del tipo delictivo, pues el hecho punible puede cometerse sin su concurrencia. No es más que un ele-

(7) Y es ésta, también, una opinión particular nuestra.

(8) Dice el artículo 244 del Código de Justicia Militar: "Será castigado con la pena de muerte, previa degradación, el militar que cometiere cualquiera de los crímenes enumerados en los artículos 106, 107, 108 y 109 del Código penal"; para no citar sino algunas de las formas de traición.

mento de valoración especial de la figura, una particularidad de la culpabilidad.

La ley valora especialmente la calidad personal del agente, advirtiéndole en su conducta una mayor ilicitud, la violación de un deber más importante que incumbe al autor. El militar que comete traición atenta, como el particular, contra los deberes de lealtad y de fidelidad para con la patria; pero aquél compromiéndose siempre el potencial militar de la nación; viola, además, incuestionablemente, la confianza general que en él se ha depositado; la fe pública, digamos, que como encargado de la custodia de la existencia y seguridad del país merece. De ahí la más grave desaprobación de su conducta contenida en la pena.

Llamamos delitos calificados por la afectación militar del objeto material del delito a aquellos en que recayendo la acción sobre objetos jurídicos protegidos por el ordenamiento penal común, la especial afectación militar del objeto material de la acción determina una previsión legislativa especial.

Como en el caso de los delitos calificados por la condición personal del agente, la acción que hace el hecho delictivo puede aquí también ser ejecutada, de hecho, por cualquiera; pero como la causa de la calificación o agravación no es personal, sino real, el delito se agrava respecto de todos.

Por consiguiente entendemos que la afectación militar del objeto material del delito no confiere a la incriminación naturaleza especial, no hace al tipo delictivo, el delito sigue siendo el mismo. Lo único que hace el legislador es ponderar esa especial afectación en la desaprobación de la conducta asignando a ella una pena más grave que aquella con que se comina, en general, el hecho delictuoso que la acción constituye, en atención a la mayor ilicitud que frente al bien jurídico inmediatamente protegido tal conducta entraña.

Y esta estimativa reviste suma importancia en orden a la reincidencia específica y en el ámbito de la teoría del concurso.

Servámonos del delito de robo o hurto de material de guerra como ejemplo, por ser el supuesto más claro (9). En su art. 354 el Código sanciona el robo o hurto de material de guerra, en general, con una pena superior en uno, dos o tres grados, a la señalada por el Código penal para el delito.

El tipo delictivo, en la acepción de von BELING de esquema rector de la figura y en que lo venimos empleando, por cierto, lo constituye en este delito, como en el robo y el hurto común, la sus-

(9) Dice el art. 354 del Código de Justicia Militar: "Se castigara con la pena superior en uno, dos o tres grados a la señalada por el Código penal para el delito, al culpable de robo o hurto de material de guerra, ya se trate de armas, municiones, aparatos, instrumentos destinados a los servicios de las Fuerzas Armadas, o de maquinarias o utiles de uso exclusivo para la fabricación de material de guerra."

tracción de cosa mueble ajena; es en su esencia, pues, un robo o un hurto, una figura de estos delitos, calificada por la afectación militar de la especie.

Quien roba o hurta material de guerra atenta, como quien roba o hurta especies de propiedad del Estado, contra la integridad patrimonial de éste; pero la especial afectación de la especie hace que se dañe o ponga en peligro, además, el potencial militar del país, su propia existencia y seguridad. De donde la más severa reprobación de la conducta.

Esta distinción o clasificación doctrinal de los delitos militares en propios e impropios y de estos últimos en calificados por la condición personal del agente y calificados por la afectación militar del objeto material del delito, de importacia, según hemos dicho, en orden a los principios generales que gobiernan el hecho delictuoso, concretamente en orden a la participación y al concurso, no es una clasificación arbitraria, montada sobre hechos en cuya descripción el legislador bien pudo no tener en consideración los principios técnicos ni la intención o voluntad que le atribuímos. No; ella se construye sobre una técnica legislativa consciente y que el legislador claramente ha puesto de manifiesto.

En efecto, en el art. 215 (10) el legislador reconoce que no todos los delitos militares que se describen en el Código son delitos militares propios, sino que también los hay comunes militares, aquellos que atentan inmediatamente contra bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal común, pero que mediatamente dañan o ponen en peligro el potencial militar de la nación.

Y con arreglo a esa directriz del art. 215, invariablemente en la descripción particular de las figuras delictivas contenidas en él, sanciona el Código con penas militares los delitos militares propios y los calificados por la calidad o condición personal del agente, en cuanto tal calidad, en este último supuesto, representa la violación de un deber más importante, frente al bien jurídico protegido, que incumbe al militar por su condición de tal, y con penas comunes los calificados por la afectación militar del objeto material del delito.

4. DELITOS DOLOSOS Y CULPOSOS

Hemos visto antes que el Código de Justicia Militar no define ni da concepto alguno del delito militar; pero hemos agregado que, al preceptuar en su art. 205 que tendrán aplicación, en materia militar, las disposiciones del libro I del Código penal, a falta de regla especial contraria, hace suya, válida para el delito militar, la

(10) Dice el artículo 215: "Los delitos militares serán sancionados con penas comunes o con penas militares, según la naturaleza del delito."

definición jurídico formal contenida, decíamos, en el art. 1.º del Código penal.

Más decir que la definición de delito se contiene en este y sólo en este precepto, es cierto sólo en la arcaica terminología del Código, que reserva la expresión delito para el delito doloso y denomina cuasidelito al delito culposo, pues la expresión "voluntaria" que contiene el art. 1.º, referida a la acción, no comprende ambas formas de la culpabilidad: es sinónima de dolo.

Propiamente, desde el punto de vista de la culpabilidad, la definición del delito contenida en el Código penal se halla en los artículos 1.º y 2.º (11) que se pone en el caso de que el agente en lugar de actuar dolosamente lo haga sólo culposamente.

Este art. 2.º del Código penal rige también en materia militar con arreglo al art. 205 del Código de Justicia Militar, por lo que en principio los delitos militares pueden cometerse tanto dolosa como culposamente, lo mismo que los delitos comunes.

Pero entre las circunstancias eximentes de responsabilidad del Código penal aplicables también en materia militar, como veremos en seguida, se halla una particular causal de inculpabilidad, la de ausencia de dolo, a menos que expresamente se pene el hecho en su forma culposa (12).

Síguese de ello, que no todos los delitos militares, como tampoco todos los delitos comunes, son punibles en su forma culposa, sino que lo son únicamente cuando expresamente se sancionan en tal forma, y ello aun cuando técnicamente sean susceptibles de cometerse en forma culposa.

No hay inconveniente para que puedan cometerse culposamente delitos militares propios, como tampoco delitos militares calificados por la condición personal del agente; pero sí, en cambio, nos parece que lo hay tratándose de delitos calificados por la *afectación militar del objeto material del delito*.

En los delitos propios la desaprobación de la conducta se monta sobre la infracción de un deber militar que puede infringirse dolosa o culposamente; en los delitos calificados por la condición personal del agente, el mayor disvalor delictivo se asienta en la violación de particulares deberes que frente al bien jurídico protegido incumben al agente calificado, y estos particulares deberes pueden también incumplirse dolosa o culposamente; pero, en los delitos calificados por la afectación militar del objeto, la causa de la agravación se halla no ya en la infracción de un deber cuyo cum-

(11) Dice el artículo 2.º del Código penal: "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarian un delito, constituyen cuasidelito ni sólo hay culpa en el que las comete."

(12) Dice el artículo 10, número 13 del Código penal: "Están exentos de responsabilidad criminal: 13. El que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley."

plimiento la ley reclama, sino en el atentado mediato contra el potencial militar de la nación, en razón de la afectación del objeto sobre el que la acción recae, y ello requiere por lo menos conciencia o conocimiento de esa afectación, un elemento subjetivo del injusto sin el cual tal agravación no puede darse e incompatible con la comisión culposa del hecho delictivo (13).

Pero lo que nos interesa poner de resalto es que aun cuando se trate de delitos técnicamente susceptibles de cometerse en forma culposa, los delitos militares, como los comunes, no son punibles en esta forma, sino cuando expresamente se sancionan por culpa. Y ello ocurre poquísimas veces en el Código de Justicia Militar, excepcionalmente, digamos.

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SUS PARTICULARIDADES

Siguiendo con el art. 205 del Código de Justicia Militar nos toca ahora destacar su misión trascendente.

El Código de Justicia Militar en el título I de su libro III, rubricado "Reglas Generales", y donde deberían contenerse los principios generales del Derecho penal militar, la teoría del delito, de la participación, del concurso y de la pena, no contiene sino unas pocas normas; aquellas que en concepto del legislador era indispensable establecer, en razón de la especialidad militar de tal Derecho, como normas de complemento o modificatorias de las que gobiernan, en términos generales, el delito, en el ordenamiento penal común.

Con arreglo al art. 205, en defecto de regla especial propia contraria, rigen íntegramente los principios generales del Derecho penal común, contenidos en el libro I del respectivo Código.

No puede darse reconocimiento más categórico de que el Derecho penal militar es un Derecho penal especial, sin sustantividad propia, que el que se contiene en el precepto aludido, en relación con el contexto del título.

Los principios generales reguladores del sistema penal en materia militar son, pues, los mismos que en el Derecho penal común, salvo las reglas especiales contenidas en el Código de Justicia Militar.

Nos ocuparemos aquí solamente de las particularidades introducidas por este último cuerpo legal a esos principios generales, contenidos en el libro I del Código penal.

El absurdo lógico se supone a primera vista, el aludir a las re-

(13) Nos parece por ello técnicamente criticable el precepto del artículo 352 del Código, por ejemplo, que sanciona el incendio o destrucción de edificios u obras militares por imprudencia o negligencia.

glas particulares, que la especialidad militar reclama y que se contienen en el Código de Justicia Militar, sin exponer los principios generales que con tales reglas se complementan o alteran, es sólo aparente. Tanto el Código penal chileno como el Código penal español hoy vigente son en lo fundamental el Código penal español de 1848 (14), y esta identidad en los ordenamientos penales comunes, si no hace innecesaria, por lo menos nos dispensa de la referencia a los principios generales que gobiernan el delito, aplicables en materia militar en defecto de regla especial propia contraria, desde que aquéllos se hallan compresentes.

Así, pues, nos ocuparemos sólo de estas reglas especiales que alteran esos principios generales; pero, siempre de general aplicación en materia militar. Es decir, de aquellas reglas especiales aplicables a todos los delitos y no sólo a algunos en particular.

Dicen ellas relación con los principios que regulan la teoría del delito y, naturalmente, la teoría de la pena. La teoría de la participación y del concurso se rigen íntegramente por el Código penal.

Dejaremos de lado las reglas especiales relativas a la teoría de la pena y concretaremos nuestra atención, por ahora, a aquellas que se refieren a la teoría general del delito.

Dicen éstas relación con el aspecto negativo de los elementos que lo integran, con las eximentes de responsabilidad criminal, como les llama el ordenamiento positivo, y con la constelación de circunstancias que integran la culpabilidad en su concepción normativa, con las circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad criminal.

Nos referiremos separadamente a unas y otras.

a) *Reglas especiales que dicen relación con el aspecto negativo de los elementos del delito.*—Por lo que hace a éste, a las eximentes de responsabilidad criminal, rigen en materia militar las mismas causales de exclusión, de cada uno de esos elementos del delito, la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad, que rigen en materia penal común con ligeras particularidades en lo que se refiere al aspecto negativo de estos dos últimos elementos.

Son estas particularidades, en cuanto a las causales de justi-

(14) En el Mensaje con que el Gobierno acompañó al Congreso el Proyecto de Código penal, vigente desde el 1.º de junio de 1874, dicese textualmente aludiendo a sus antecedentes: "Los fundamentos de sus disposiciones se hallan... en los Códigos modernos de las principales naciones europeas y, sobre todo, en el Código español, cuyos preceptos, al mismo tiempo que se armonizan con las teorías penales universalmente aceptadas en el día, ofrecen para nosotros la ventaja de referirse a un estado de cosas que bajo muchos respectos se asemeja al nuestro, retratando creencias, costumbres, hasta preocupaciones nacidas en la misma fuente."

ficación, concretamente a las de cumplimiento de un deber y estado de necesidad, una especial regulación de la obediencia debida (15) respecto de la primera y una particular extensión de la segunda, tratándose del cumplimiento de la consigna, y en cuanto a las de inculpabilidad propiamente tales, una especial consagración de la exclusión de la culpabilidad por falta de conciencia en orden a la ilicitud de la conducta o de exigibilidad en orden a la previsión del resultado.

Examinaremos separadamente estas reglas especiales.

Obediencia debida.—La relación jerárquica militar, como la funcionaria civil, se construye sobre la base del deber de obediencia, y tal relación jerárquica se establece, en términos amplios, para la ejecución de la ley, para un fin lícito: de donde resulta que, en principio, el deber de obediencia no alcanza más que a las órdenes lícitas, a los mandatos jurídicos.

Pero ello sólo es en principio. La actividad de los órganos del Estado, que de otro modo se vería entabada, el orden jurídico mismo reclama, a salvo por cierto la responsabilidad del superior, en el ejercicio de las relaciones que entraña la jerarquía, la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios. Y esta necesidad es aún más urgente tratándose de la actividad militar, que exige, por su índole, una mayor expedición para ser eficaz. El superior puede equivocarse, puede incurrir en error: pero no puede dejarse al subordinado el discriminar si el mandato es o no lícito y, por tanto, si está o no obligado a obedecer sin perturbar gravemente la eficacia de la acción.

Desde que la obediencia cubre mandatos antijurídicos, y ello ocurre en el ordenamiento penal militar chileno (16), como veremos en seguida, tórnase una eximente de responsabilidad criminal de enorme trascendencia, que reclama una especial y completa regulación.

La relación jerárquica militar se construye sobre el deber de obediencia, hemos dicho, de otro modo no tendría sentido: pero, a su vez, éste se establece para aquélla.

Mas si el deber de obediencia se establece para la relación jerárquica síguese de ello como consecuencia, en primer término, que ha de establecerse por una norma jurídica, puesto que la jerarquía

(15) No hay en el Código penal chileno, como en el Código penal español, una previsión especial de la obediencia debida como causa de exención de responsabilidad criminal. El supuesto queda comprendido en el número 10 del art. 10, que dice: "Están exentos de responsabilidad criminal: 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo."

(16) Contrariamente a lo que ocurre en el ordenamiento penal común.

se regla igualmente, y, luego, que sólo existe, por lo menos en la extensión que hemos indicado, en el ámbito de la relación jerárquica de subordinación.

La primera consecuencia sobreviene en orden a la naturaleza jurídica del deber de obediencia o de la obediencia debida. Si hay el deber jurídico de obedecer, incluso mandatos antijurídicos, ello significa que quien obra en virtud de obediencia debida actúa lícitamente con arreglo a la ley; está cubierto, en consecuencia, por una causa de justificación; no de inculpabilidades, como se sostiene por algunos autores; y ello es importante, principalmente a la hora de ponderar las consecuencias extrapenales de la conducta del inferior que obra por obediencia debida, teniendo el deber jurídico de obedecer.

La segunda consecuencia tradúcese en la fijación de unos límites teóricos, que técnicamente reclaman su vigencia, al deber de obediencia; éste sólo ha de existir en la esfera de la subordinación, lo que supone, además de ésta, que la orden que ha de obedecerse no escape al fin asignado al órgano jerarquizado y sea dictada por un superior con atribuciones para dictarla, conforme éstas se reglan, y susceptible de cumplirse por quien la recibe. Si así no ocurre, el deber de obediencia ha de cesar.

Estos principios generales son susceptibles, por cierto, en el ordenamiento positivo, de distinta regulación, particularmente cuando se consagra la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios; regulación que entraña, de suyo, el deber de examen del inferior por lo que hace, al menos, al ámbito formal del deber de obediencia y que determinada por la propia razón de la existencia de éste hace que el concepto de obediencia ciega, que todavía se maneja, carezca de vigencia absoluta.

Veamos cómo se regula en el Código de Justicia Militar chileno la obediencia debida militar.

Se dice, en general, que hay obediencia debida, que se debe la obediencia en todos los supuestos en que si el sujeto no obedece incurre en el delito de desobediencia.

Teóricamente, a nosotros no nos parece que ello sea así; creemos que la obediencia se debe en los términos de la norma jurídica que establece el deber de obediencia, toda vez que legalmente exista la obligación de obedecer, aun cuando de desobedecerse no se incurra en el delito de desobediencia. Y nada impide que ello ocurra; no todas las desobediencias constituyen delito.

Mas en el Código de Justicia Militar chileno es aquéllo lo que ocurre; la obediencia se debe, en forma penalmente relevante, en términos que constituya causa de justificación de la conducta del inferior, únicamente en los supuestos en que de no obedecerse se incurre en el delito de desobediencia.

Ello aparece del art. 209, núm. 4.º (17), que reputa atenuante en los delitos militares el obrar en incumplimiento de órdenes recibidas de un superior, cuando el caso no constituya obediencia debida en los términos del art. 334, precepto que describe el delito de desobediencia, o mejor, que consagra el deber de obediencia *relativamente al delito de desobediencia*.

No hay más obediencia debida, capaz de justificar la conducta del que obedece, que la que se debe en términos tales que si no se obedece se incurre en el delito de desobediencia.

Pero el precepto del art. 209, núm. 4.º, nos descubre, además, ya otras dos cosas que vale la pena poner de relieve. Una de ellas es que *hay mandatos antijurídicos obligatorios, pues si la obediencia es atenuante cuando no es debida, en los términos indicados, supuesto en que es eximente, es porque el mandato es antijurídico, es ilícito; no hay circunstancias en los delitos culposos. La otra cosa que nos descubre es que el deber de obediencia está dominado por la idea del acto militar, de servicio; por ello es que fuera del supuesto en que la obediencia es debida, la obediencia sólo es atenuante en los delitos militares.*

Sentado que la obediencia sólo es debida en términos relevantes penalmente en aquellos supuestos en que hay el deber de obedecer so pena de incurrir en el delito de desobediencia, resulta que la obediencia debida viene a estar regulada en forma negativa, por la regulación del delito de desobediencia. Es decir, para saber cuándo se debe la obediencia hay que examinar cuándo se incurre en desobediencia. Toda vez que esto ocurre hay obediencia debida.

Regúlase el delito de desobediencia en el párrafo 1.º del título VII del Código, que trata de los delitos de insubordinación, en los arts. 334 y siguientes.

Pero el delito de desobediencia, a su vez, regúlase en forma negativa, consagrando primero el deber de obediencia relativamente a aquel delito, deber de obediencia equivalente a la obediencia debida penalmente relevante a los efectos de la justificación de la conducta, y de ello resulta, entonces, que la obediencia debida viene a estar regulada directamente, es decir, en forma positiva, en el párrafo de la desobediencia.

Con arreglo al art. 334 (18) todo militar está obligado a obe-

(17) Artículo 209, número 4.º del Código de Justicia Militar: "En los delitos militares se reputarán circunstancias atenuantes, además de las contempladas en el artículo 11 del Código penal, las siguientes: 4.º 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."

(18) Dice el artículo 334: "Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior."

"El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las

decer las órdenes relativas al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fueren impartidas por un superior.

El deber de obediencia existe, pues, sólo en la esfera de la subordinación jerárquica; es menester, para que la obediencia se deba, que la orden diga relación con el fin para el que la subordinación se establece; la actividad militar, de servicio (19), y que esta orden sea impartida por un superior que tenga atribuciones para dictarla y respecto del inferior a quien la ordena y conforme aquellas atribuciones se reglan; no otra cosa significa uso de atribuciones legítimas.

El inferior deberá, pues, examinar: la obediencia debida es una obediencia reflexiva; la naturaleza de la orden impartida y las atribuciones del superior que la dicta, y sólo en virtud de un juicio positivo sobre tales extremos obedecer; de otro modo no le cubre la causa de justificación y se hace personalmente responsable de su conducta.

Agrega en seguida el art. 335 (20), que no obstante lo prescrito en el art. 334, es decir, no obstante la orden ser una orden relativa al servicio e impartida por un superior con atribuciones legítimas para dictarla, el inferior podrá, esto es, se le confiere un arbitrio, suspender su cumplimiento, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior, en los supuestos que se indican, entre ellos cuando la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, único supuesto que nos interesa.

Se añade que si el superior insiste en su orden deberá cumplirse en los términos del art. 334.

Conságrase en este precepto del art. 335 un derecho del inferior a la remonstración de la orden, derecho que puede, o no, ejercitar en los supuestos que la disposición indica, entre ellos el de que la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito.

leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio."

(19) Con arreglo a lo prescrito en el art. 424, la expresión "servicio" es equivalente a "acto militar". Y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 421: "Se entiende por acto del servicio (o por acto militar) todo el que se refiera o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las Instituciones Armadas."

(20) Dice el artículo 335: "No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior al dictarla no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior."

"Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior." (Véase nota 18.)

En cuanto mero arbitrio, este derecho del inferior, que tiene su razón de ser en la variabilidad de las circunstancias que puedan motivar la orden, en la mejor apreciación que puede hacerse en el terreno de las mismas, en suma, en el mejor servicio, garantizando la eficiencia en la actividad militar; este derecho del inferior, decimos, en cuanto mero arbitrio, es penalmente irrelevante, o mejor, lo es en los términos del art. 335; puede o no ejercitarse sin consecuencias penales.

Mas tratándose del supuesto en que la orden tiende notoriamente a la ejecución de un delito, no obstante lo cual debe cumplirse si es relativa al servicio y ha sido impartida por un superior con atribuciones legítimas, competente para dictarla, la remonstración de ella es obligatoria para que el inferior quede cubierto por la causa de justificación de obediencia, con arreglo al art. 214 (21); la obediencia es debida en tal supuesto sólo en virtud de la reiteración de la orden, y es por ello que la hemos destacado en el artículo 335.

Si el inferior no remuestra la orden y la cumple sólo en virtud de su reiteración, responde del delito cometido, como cómplice, de acuerdo a lo prescrito en el art. 214.

La ley no dice cuándo debe entenderse que la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, y ello plantea un problema interpretativo importante.

La expresión "notoriamente" predetermina a un juicio objetivo de la trascendencia delictiva de la orden; notorio es aquello que se advierte, que trasciende, en términos propios, e inmediatamente se piensa en terceros.

Pero el juicio objetivo de la trascendencia delictiva puede conducir al absurdo de que la orden no sea, no tienda notoriamente a la perpetración de un delito, en términos trascendentes a terceros y, sin embargo, el inferior sabe que la orden tiende a la comisión de un delito, no obstante lo cual, con arreglo a aquel juicio objetivo, podría cumplirla, queriendo el resultado y aun sólo queriéndolo él, ya que el superior pudo haberla impartido por error, sin remonstrarla, impunemente.

Lo corriente será que si la orden es notoriamente tendente a la comisión de un delito, en términos objetivos, al inferior no esca-

(21) Dice el artículo 214: "Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados."

"El inferior, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, solamente será responsable como cómplice si se hubiera excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiera cumplido con la formalidad del artículo 335."

pe la trascendencia delictiva de ella, como no ha de escapar al superior que la imparte, supuesto en que la remonstración resulta inútil; en cambio, cuando para el inferior, en términos subjetivos, la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, trascendencia delictiva que escapa a terceros, la remonstración cumple verdaderamente su fin —la ley no puede suponer que, deliberadamente, se impartan órdenes que tiendan a la comisión de un delito—, y absolver al inferior que cumple la orden sin remonstrarla en este caso, es atentatorio a la justicia, repugna al sentido más elemental de ella.

Entendemos, pues, que el criterio que debe presidir la decisión en cuanto a si la orden tiende o no notoriamente a la perpetración de un delito, debe ser un criterio subjetivo, fundado en el conocimiento del inferior.

Mas esta digresión nos ha apartado del tema.

Tenemos hasta aquí que la obediencia es debida cuando se trata de órdenes relativas al servicio, impartidas por un superior en uso de atribuciones legítimas, y que tratándose de órdenes que tiendan notoriamente a la perpetración de un delito la obediencia se debe sólo en virtud de su reiteración.

El Código consagra, pues, categóricamente la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pero limitados a órdenes relativas al servicio impartidas por quien tenga competencia legítima para dictarlas; atribuciones legítimas dice la ley, lo que supone, como ya dijimos, además de la competencia, un ejercicio de éstas conforme se reglan, cumpliéndose con las formalidades legales.

Tratándose de mandatos antijurídicos que no tiendan notoriamente a la perpetración de un delito, obvio es decirlo, la obediencia se debe, como tratándose de mandatos licitos, sin necesidad de remonstración y reiteración de la orden.

Esta existencia de mandatos antijurídicos obligatorios pone en evidencia manifiesta, incuestionable, la verdadera naturaleza de la exigencia de obediencia debida: si la obediencia se debe aun cuando la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito en los términos de la ley, no puede verse el fundamento de la exención de responsabilidad para el inferior, ni en el error, ni en la coacción, ni en la amenaza, que llevaría a reputarla causal de inculpabilidad, sino en el cumplimiento de un deber impuesto por la ley, es genuinamente, como ya apuntábamos antes, una causal de justificación que excluye la ilicitud de la conducta del inferior, personal, subjetiva, pero de justificación.

Es claro que si se comete un delito por la ejecución de una orden superior fuera de los casos en que la obediencia se debe, podrá el inferior resultar exento de responsabilidad por una causal de

inculpabilidad, el error, el miedo insuperable (22), pero entonces se está fuera de la obediencia debida.

Precisado cuándo se debe la obediencia, veamos qué efectos produce con arreglo al Código de Justicia Militar.

Refiérese a ellos el art. 214 (23). Con arreglo a este precepto, cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable.

Este es el efecto propio de la obediencia debida. El inferior que por la ejecución de una orden del servicio cometiere un delito, cualquier delito, militar o común, está amparado por una causa de justificación de su conducta, el deber de obediencia que la ley le impone, cuando ésta, efectivamente, es debida.

El superior que ha impartido la orden es el único responsable del delito cometido por su ejecución. El hecho de que se diga que el inferior está justificado en su conducta por la obediencia no es incongruente con la responsabilidad del superior por el delito cometido. La situación no difiere del supuesto de autoría mediata valiéndose de un instrumento que actúa conforme a derecho, que la doctrina admite.

El Código se pone, en seguida, en el evento de concierto entre superior e inferior para la ejecución del delito (24), supuesto en que no puede tratarse sino de un hecho doloso; no hay concierto para la ejecución de un delito culposo, por lo menos relevante penalmente, y dispone que en tal caso serán responsables del delito todos los concertados.

La solución no puede ser otra que la que la ley indica. Trátase en tal caso de una verdadera asociación criminal, que la ley no puede favorecer. No se está ya propiamente en el caso de la obediencia debida, tampoco; se ha roto el normal ejercicio de las relaciones que entraña la jerarquía, para el cual se establece la obediencia, el inferior ya no obedece, en términos propios; no hay, en rigor, superior o inferior, sólo socios en una empresa delictiva.

Luego, en su inciso segundo, el art. 214 (25) refiérese al supuesto en que se cometa un delito por la ejecución de una orden del servicio, extralimitándose, excediéndose el inferior en su ejecución, o cuando tendiendo la orden notoriamente a su perpetración el inferior cumpla sin remostrarla y esperar su reiteración.

(22) En principio, la causa de inculpabilidad de miedo insuperable rige en materia militar igual que en materia común; pero ello es solo en principio; hay supuestos en que resulta inconciliable con el tipo delictivo y entonces no rige al tenor del artículo 205, que hace aplicables las disposiciones del libro I del Código penal, "en cuanto no se opongan" a las reglas contenidas en el Código.

(23) Véase nota 21.

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*.

y preceptúa que en ambos casos el inferior responderá, como cómplice, del delito cometido.

La verdad es que la redacción de la disposición no es nada clara.

Lo que sí es incuestionable es que, tanto en uno como en otro caso de los referidos en el inciso segundo del art. 214, se está también fuera de la obediencia debida; en el primero, desde que si el inferior se extralimita en el cumplimiento de la orden por cuya ejecución se comete el delito (26) toma parte, por su cuenta, en la perpetración de éste, pone, no cubierto por la obediencia, una condición del resultado, y en el segundo, porque tratándose de órdenes que tiendan notoriamente a la perpetración de un delito el precepto viene a imponer su obediencia en virtud de la reiteración, una vez remostrada.

En ambos supuestos el inferior es ejecutor material del delito, como lo es en todos los supuestos de obediencia, y como no se halla en los casos aludidos cubierto por la causa de justificación de obediencia debida, debería responder como autor del delito perpetrado. Sin embargo, el precepto dice que responderá como cómplice.

Ello no significa, creemos, sino que, reconociendo el legislador que el delito se perpetra, por la ejecución de una orden del servicio, impartida por quien tiene atribuciones para dictarla, respecto de las cuales, en principio, se debe la obediencia, y a no mediar la cual aquél no se habría cometido, estima menos reprochable la conducta de este ejecutor material que lo que lo sería de ordinario, y establece para ella una atenuación privilegiada, le asigna una pena inferior en un grado (27) a la que le correspondería.

Por último, digamos que la causa de justificación de obediencia debida, aplicable a la comisión de cualquier delito, común o militar, por la ejecución de una orden del servicio, sólo es relevante penalmente como incompleta, rigiendo como atenuante ordinaria, tratándose de la perpetración de delitos militares, con arreglo al art. 209, núm. 4.º (28).

Trátase del supuesto en que la orden o no es relativa al servicio o no ha sido impartida por quien tenía atribuciones para dictarla.

La verdad es que no advertimos el por qué de la restricción de la atenuación sólo a los delitos militares, y creemos que el Código

(26) Entendemos que el precepto no puede referirse al supuesto en que el delito se cometa por la extralimitación del inferior en el cumplimiento de la orden y sólo por ella, pues entonces la orden se torna irrelevante penalmente; lo mismo da que exista o no exista.

(27) No otra cosa significa reputarlo cómplice. Así resulta de los artículos 50 y siguientes del Código penal, aplicables en materia militar con arreglo al artículo 205 del Código de Justicia Militar.

(28) Véase nota 17.

técnicamente ganaría suprimiendo el núm. 4 del precepto del artículo 209.

De no existir dicho precepto, la eximente incompleta de obediencia debida regiría como atenuante ordinaria tratándose de la perpetración de cualquier delito. Así resultaría de relacionar los artículos 10, núm. 10 del Código penal, que establece la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, que en este caso sería el de obediencia regido por el art. 334 del Código de Justicia Militar, con el 11 núm. 1.º del mismo Código que consagra como atenuantes las eximentes incompletas (29) y aplicables también, en principio, en materia militar con arreglo al precepto del art. 205 del Código.

Pero, como el art. 209, núm. 4.º dispone que en los delitos militares se reputarán circunstancias atenuantes, además de las contempladas en el art. 11 del Código penal, cometer el delito en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior cuando no constituya el caso de obediencia debida, resulta de ello que la obediencia incompleta no la considera comprendida en el art. 11, núm. 1.º, en relación con el art. 10, núm. 10 del Código penal, y si la hace aplicable sólo a los delitos militares, sígnese que no rige respecto de los delitos comunes.

La aplicación de las disposiciones del libro I del Código penal no es ya posible con arreglo al art. 205, que las hace aplicables en cuanto no se opongan a las reglas contenidas en el Código.

Cumplimiento de la consigna.—El Código no define ni dice qué se entiende por consigna. En su art. 208 (30) exime de responsabilidad al militar que hace uso de armas no existiendo otro medio racional de cumplir la consigna recibida. Y en su art. 301 (31) vuelve a aludir a ella, al referirse a los delitos del centinela, diciendo que comete delito el centinela que faltare a su consigna.

Mas el empleo de la expresión "militares" en el art. 208, pone de manifiesto que, además del centinela, hay otros militares a quienes incumbe el cumplimiento de consignas.

En una acepción válida en el orden militar, y entendemos que lo es para el Código de Justicia Militar chileno en virtud de las reglas de hermenéutica consagradas en el Código civil y de general aplicación, el diccionario de la lengua define la consigna como

(29) Dice el artículo 11, número 1.º, del Código penal: "Son circunstancias atenuantes: 1.º Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos."

(30) Dice el art. 208: "Será causal eximente de responsabilidad para los militares, el hacer uso de armas cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida."

(31) Dice el artículo 301: "El centinela que faltare a su consigna o se dejare relevar por otro que no fuere su cabo o quien haga sus veces, será castigado..."

"órdenes que se dan al que manda un puesto y las que éste manda observar al centinela".

Así entendida la expresión consigna compréndese fácilmente cómo su incumplimiento compromete la seguridad del Ejército y, por ende, pone en peligro la seguridad del país mismo.

De ahí que el Código contemple como eximente de responsabilidad para el militar el hacer uso de armas, sin relación al daño causado, cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida.

Trátase de un verdadero estado de necesidad en que se hallan en conflicto bienes desiguales, en último término la seguridad del país y la vida o la integridad corporal de uno o más individuos, y es por ello que la reputamos causa de justificación de la conducta.

Mas hemos dicho que su particular consagración representa una extensión de la causa de justificación de estado de necesidad consagrada en el Código penal común. No se trata sólo de una especial regulación del supuesto; de no existir el art. 208 del Código de Justicia Militar la eximente no tendría cabida en el Código penal común, cuyas disposiciones regirían con arreglo al art. 205.

Y es que el estado de necesidad, incomprensiblemente, en el Código penal sólo rige tratándose de delitos contra la propiedad, con arreglo al art. 10, núm. 7.º (32).

Como quiera que es el estado de necesidad el fundamento de la justificante del art. 208, el precepto exige que el uso de armas se haga cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna que tal uso de armas, para que la conducta quede cubierta por la causa de justificación.

La eximente rige, sea militar o común, el delito cometido, concurriendo los elementos que la hacen.

Falta de conciencia en orden a la ilicitud de la conducta o de exigibilidad en orden a la previsión del resultado.—En su art. 207 el Código consagra una típica causa de inculpabilidad, que el Código penal común no contempla en el catálogo de las eximentes de responsabilidad y que obliga, toda vez que se da, a una construcción doctrinal.

Con arreglo al precepto indicado (33), excepto en los casos de

(32) Dice el artículo 10, número 7.º del Código penal: "Están exentos de responsabilidad criminal: 7. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena siempre que concurren las circunstancias siguientes:

"1.º Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar;

"2.º Que sea mayor que el causado para evitarlo;

"3.º Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo."

(33) Dice el artículo 207: "Excepto en los casos de insubordinación y desertión, el recluta recién alistado o concripto recién llamado al servi-

insubordinación y desertión, el recluta recién alistado o conscripto recién llamado al servicio, estará exento de penas militares durante el período de un mes, a contar desde su incorporación al Ejército.

La exención se refiere a las penas exclusivamente militares, y hemos dicho que éstas se aplican en el Código a los delitos militares propios y a los delitos comunes militares calificados por la condición militar del agente.

Los primeros están constituidos por la infracción de deberes esencialmente militares, reclamados por la propia organización del Ejército, y secundariamente militares, con trascendencia extramilitar, funcionaria; y los segundos por un atentado contra bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal común y agravados por la calidad militar del agente en cuanto la ley advierte en su conducta frente al bien jurídico protegido la violación de especiales deberes que por su condición militar le incumben.

Ahora bien, entendemos que, en los términos del precepto del artículo 207, que sólo exime de penas exclusivamente militares, cuando se trata de la infracción de deberes secundariamente militares y de delitos calificados por la condición militar del agente, esto es, de hechos que el Código sanciona con penas militares, pero que tienen trascendencia penal extramilitar, la conducta deberá calificarse y penarse con arreglo al ordenamiento penal común. No otra cosa, creemos, quiere la ley.

En cambio, cuando se trata de delitos esencialmente militares, sin trascendencia penal fuera del Código, la exención de penas militares reviste el carácter de una verdadera causa de inculpabilidad.

La ley reconoce que la generalidad de los delitos esencialmente militares son una creación que se asienta, no en valores éticos, presupuestos y, por tanto, conocidos, sino en consideraciones utilitarias, de necesidad, que escapan a quien no ha sido especialmente instruido sobre ellas.

Con la excepción de los supuestos de desertión y de insubordinación, expresión comprensiva de los delitos de desobediencia y ultraje a superiores, la ley estima, respecto de quienes no han sido especialmente instruidos, intrascendente el conocimiento de la antijuridicidad de las conductas o no exigible la previsión del resultado, que hacen los delitos militares propios, y que son fundamento de los elementos o formas del juicio de reprochabilidad que la culpabilidad constituye.

La prueba más evidente de ello es que el propio precepto dis-

cio, se hallará exento de penas exclusivamente militares durante el período de un mes desde su primera incorporación al Ejército."

"Dentro de este período se le darán a conocer las leyes penales militares."

pone que el término por el que la exención de penas militares se establece se destinará a dar a conocer las leyes penales militares a quienes dicha exención favorece.

b) *Reglas especiales que dicen relación con la constelación de circunstancias que integran la culpabilidad.*—Tratándose de circunstancias, de atenuantes y agravantes, como ocurre con las eximentes, rigen en materia militar las mismas circunstancias que en materia penal común, con algunas particularidades unas, pero, además, el Código establece otras, relativamente a los delitos militares especialmente, que hallan su fundamento en la propia organización militar.

Hasta ahora hemos venido empleando la expresión materia militar en su más amplio sentido, no restringida al Derecho penal militar, acepción que le es propia, sino en la que le asigna el Código en su art. 205, equivalente al contenido de la jurisdicción y, por tanto, comprensiva de los delitos comunes sujetos a la jurisdicción militar por la calidad del agente y las circunstancias de su comisión. Hemos visto que las causas de justificación de obediencia debida y cumplimiento de la consigna cubren tanto los delitos militares como los comunes sujetos a la jurisdicción militar. No puede darse mayor extensión a la expresión materia militar.

Por eso nos parece que merece párrafo aparte el precepto del artículo 210 (34), que hace de la circunstancia atenuante ordinaria de vindicación próxima de una ofensa grave, contenida en el número 4.º del art. 11 del Código penal (35), tratándose de militares que hubieren muerto, herido o golpeado en vindicación de la ofensa inferida a una ascendiente, descendiente, cónyuge o hermana, que hubiere sido violada, estuprada o raptada por el ofendido, una atenuante privilegiada, que obra como las eximentes incompletas que constan materialmente de varios requisitos a que se refiere el art. 73 (36) del Código penal: es decir, permitiendo

(34) Dice el artículo 210: "Además, respecto de militares, se considerará circunstancia atenuante, regida por el artículo 73 del Código penal, el haber muerto, herido o golpeado, en vindicación próxima de la ofensa inferida a una ascendiente, descendiente, cónyuge o hermana que haya sido violada, estuprada o raptada por el ofendido."

(35) "Son circunstancias atenuantes —dice el art. 11, número 4.º del Código penal—: "La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos."

(36) Dice el artículo 73 del Código penal: "Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurre el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el Tribunal

la rebaja de pena en uno, dos o tres grados, y exigiéndola, por lo menos, en uno.

El fundamento de la atenuación privilegiada, entendemos se halla en esta circunstancia, en una especie de reconocimiento de la ley, contrapartida del establecimiento que ella misma hace para el militar del honor como deber, de un sentimiento del honor más acentuado, en general, en éste que en quien no es militar, y en que no puede darse mayor afrenta para quien tiene el deber de hacer del honor una norma de vida que los hechos a que ella misma se refiere.

No se divisa, en verdad, otro fundamento que el indicado para tal atenuación privilegiada. Y si ello es así, naturalmente, la atenuante ha de regir, no sólo en materia militar, en la acepción en que venimos empleando el término, sino también, y porque la misma razón hay para ello, en materia penal común; tratándose de delitos comunes no sujetos a la jurisdicción militar.

Sin embargo, el precepto comienza diciendo, "además, respecto de militares, se considerará circunstancia atenuante", y el artículo 209 (37) venía refiriéndose a las atenuantes en los delitos militares, de donde resulta que, gramaticalmente, el adverbio "además", estaría refiriendo la atenuante a los delitos militares, limitando su aplicación a quienes invistieren la calidad de tales.

Mas, desde el punto de vista lógico, el adverbio no tiene sentido en el precepto, pues las atenuantes que se contienen en el artículo 209 están referidas sólo a los militares, como veremos en seguida.

Entendemos que la expresión no tiene más alcance que el de llamar la atención hacia el hecho de que se va a consagrar otra atenuante, sin referirla a los delitos militares, y separadamente no tanto por su condición de privilegiada cuanto por su alcance.

Limitar, por lo demás, la aplicación del precepto del art. 210 a los delitos militares, es denaturalizarlo, privar a la atenuante de sentido, y la ley no puede interpretarse en tales términos.

El precepto del art. 210 ha de recibir, pues, aplicación, incluso en materia penal común.

Volviendo a las circunstancias, en materia militar, nos referiremos, en primer término, a las atenuantes, y en seguida, a las agravantes de responsabilidad criminal.

Siguiendo un orden restrictivo en el alcance de su aplicación nos ocuparemos, primero, de la atenuante contenida en el artículo 211 (38) del Código.

estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurran."

(37) Véase nota 17.

(38) Dice el artículo 211: "Respecto de delitos así militares como comunes sometidos a la jurisdicción militar, se considerará también cir-

Con arreglo a esta disposición es circunstancia atenuante, tratándose de delitos sometidos a la jurisdicción militar, militares o comunes, haberlos cometido impulsado por malos tratamientos sufridos en el estado de embriaguez.

Es ésta una atenuante cuyo fundamento parece encontrarse en el arrebató u obcecación, como se infiere de la expresión "impulsado" que el precepto en que se consagra, emplea.

El Código penal común, en su art. 11 núm. 5.º (39), consagra la atenuante de arrebató y este precepto, con arreglo al art. 205, rige en materia militar.

Pudiere pensarse que el precepto del art. 211 lo que hace es particularizar un supuesto de arrebató, limitando el arbitrio judicial en la apreciación de la atenuante, tratándose de materia militar.

Mas ocurre que con arreglo al ordenamiento penal común, para que el arrebató constituya atenuante de responsabilidad, es menester que sea determinado por estímulos tan poderosos que, naturalmente, lo produzcan; ha de ser efecto natural del estímulo.

Y en el supuesto del art. 211, aun apreciando subjetivamente la circunstancia común de arrebató, es manifiesto que se está fuera de ella cuando los malos tratamientos, por su entidad, no son por sí bastantes para producir el arrebató a no mediar el estado de embriaguez en que el maltrato se infiere. No es ya el estímulo la sola causa del arrebató, sino también la excitabilidad que la embriaguez genera.

Creemos, pues, que el fundamento de la atenuación es el arrebató, como en la circunstancia 5.ª del art. 11 del Código penal, pero que se trata de una circunstancia distinta en que se tiene en consideración un estado anormal de excitabilidad del agente, a no mediar el cual el estímulo bien pudo no impulsar, naturalmente, a aquél a delinquir.

Se otorga así en el Código, alguna relevancia penal como minorante de responsabilidad a la embriaguez —cuya génesis no tiene aquí ninguna importancia, pues la acción delictiva la determina el maltrato—, contrariamente a lo que ocurre en el ordenamiento penal común que desconoce a la embriaguez (40) toda relevancia como circunstancia modificatoria de la responsabilidad, salvo el evento en que produzca un verdadero estado de enajenación mental.

Tratándose ahora de delitos militares, dice el Código en su ar-

cunstancia atenuante haberlos cometido impulsado por malos tratamientos sufridos en el estado de embriaguez."

(39) Dice este precepto: "Son circunstancias atenuantes: 5.º La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación."

(40) Contradiciendo así principios técnicos asentados en la realidad científica.

título 209 (41) que, además de las atenuantes contempladas en el artículo 11 del Código penal, serán atenuantes en ellos las que en seguida enumera.

La primera de ellas es la de haber cometido el delito con motivo de haber recibido un castigo no autorizado por las leyes o reglamentos militares.

Halla esta atenuante su fundamento, como la consagrada en el art. 211 en el arrebató u obcecación, pero difiere de ésta, en que en verdad no es más que una particularización de la atenuante ordinaria de arrebató. Aun no mediando el precepto, entendemos que ésta sería perfectamente aplicable al supuesto.

Dice en seguida el art. 209 que es atenuante en los delitos militares el haber ejecutado, después de cometido el delito, una acción distinguida frente al enemigo.

No hay aquí sino una razón de política criminal para el establecimiento de la atenuante. Cometido el delito, ninguna importancia tiene la conducta posterior con respecto a la responsabilidad por aquél. El delito no se hace menos reprochable por una conducta posterior laudable.

Mas la atenuante estimula un comportamiento útil a la acción militar, necesario, sobre todo, cuando el delito cometido pone de manifiesto la quiebra de los principios, del sentimiento del deber, en que se sustenta la organización y eficacia misma del Ejército.

Es ésta una atenuante que halla su razón de ser en la propia organización militar.

En su número tercero, dice el precepto del art. 209, que se reputará circunstancia atenuante en los delitos militares el haber tenido una conducta anterior irreprochable.

Esta atenuante es la misma que consagra el Código penal en

(41) Dice el artículo 209 del Código de Justicia Militar: "En los delitos militares se reputarán circunstancias atenuantes, además de las contempladas en el artículo 11 del Código penal, las siguientes:

"1.º Cometer el delito con motivo de haber recibido el delincuente un castigo no autorizado por las leyes o reglamentos militares;

"2.º Ejecutar, después de cometido el delito, una acción distinguida frente al enemigo;

"3.º Haber tenido una conducta anterior irreprochable. Tratándose de un militar, solo se entenderá conducta irreprochable la que se deduzca de sus últimas calificaciones anuales, si es Oficial; o la circunstancia de no haber merecido castigo alguno dentro del último año de su servicio, si es Suboficial, Cabo o soldado; sin embargo, los Tribunales Militares podrán apreciar si aquellas calificaciones o los castigos afectan a la conducta irreprochable de los inculcados, haciendo expresa declaración al respecto;

"4.º 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 art. 334."

su art. 11, núm. 6.º (42), por lo que, aun cuando no se hubiere establecido en el art. 209 del Código, habríase aplicado a los delitos militares, con arreglo a esta misma disposición y a la más general del art. 205.

Pero el precepto agrega en seguida que, tratándose de un militar, sólo se entenderá conducta irreprochable la que se deduzca de sus últimas calificaciones, si es Oficial, o la circunstancia de no haber merecido castigo alguno durante el último año de servicio si es Suboficial, Cabo o soldado.

Y entonces parece que lo que hiciera el precepto fuera regular, tratándose de militares y de delitos militares, la atenuante ordinaria de conducta refiriéndola a la conducta militar y sólo a ella.

Supongamos que así fuera. Podría darse entonces el supuesto de que no pudiendo apreciarse la atenuante ordinaria de conducta por no darse los hechos que le sirven de antecedente, podría, en cambio, apreciarse la atenuante del art. 209, número 3.º, por ser irreprochable la conducta militar.

Mas esta conclusión, lógica consecuencia de la premisa de que la ley referiría la conducta tratándose de militares y de delitos militares a la conducta militar, se torna absurda si se tiene presente que hay delitos militares impropios que atentan directamente contra bienes jurídicos comunes —el hurto de especies afectas al servicio, por ejemplo—, en que muy poco nos dice del delincuente relativamente al delito perpetrado la sola conducta militar.

Todavía se da otro absurdo más. Resultaría que el precepto, sin que se divise razón alguna para ello, crearía una situación de privilegio para el militar frente al particular, tratándose de delitos militares, con respecto a la atenuante de conducta, pues en tanto que aquél gozaría de ésta por ser irreprochable su conducta militar, al particular no le alcanzaria sino en virtud de la irreprochabilidad de su conducta a secas, sin especificación, lo que en rigor lógico es exigirle más que a aquél, pues ésta comprende a aquélla.

Lo expuesto bastaría para rechazar una tal interpretación del precepto del 209, núm. 3.º, pues la ley no puede interpretarse en términos que conduzcan al absurdo, si se la supone, como no puede dejar de hacerse, expresión de la buena razón.

Pero el precepto, en cuanto consagra la atenuante, no dice más que se reputará tal la irreprochable conducta anterior, repitiendo la regla del art. 11, núm. 6.º, del Código penal.

Si este precepto es aplicable en materia militar, no hacía tal-

(42) Dice el art. 11, núm. 6 del Código penal: "Son circunstancias atenuantes: ... 6.ª Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable."

ta consagrar la atenuante para el particular; esto es, no hacia falta establecer la atenuante en términos genéricos para el particular y el militar, y luego, tratándose de éstos referirla a la conducta militar.

Si el propósito de la ley hubiere sido referir la conducta tratándose de militares sólo a la conducta militar, habría bastado con que el precepto dijera haber tenido una conducta militar irreprochable.

Lo que ocurre es que la conducta de un hombre no sólo comprende su conducta particular, sino todos los aspectos de ella: privada, pública, funcionaria. No es que la ley en el precepto del 209, núm. 3.º, se desinterese, tratándose de militares y de delitos militares, por todos los demás aspectos de la conducta que no sean el militar, sino que sin desinteresarse por aquéllos se interesa especialmente por éste, como quiera que la generalidad de los delitos militares entrañan para el militar que los perpetra la violación de deberes militares, y entonces exige su prueba, por los medios que indica, para que pueda apreciarse la conducta a su respecto; no otra que la atenuante ordinaria de conducta.

La verdad es que el precepto habría ganado en claridad no consagrandolo la atenuante como lo hace, sino simplemente regulándola, tratándose de militares, otro precepto.

Y es en los términos indicados como se viene entendiendo unánimemente el precepto por los Tribunales Militares, que no aprecian la atenuante, aun siendo irreprochable la conducta militar, cuando la conducta en general es reprochable.

En un último párrafo del mismo número, el precepto del artículo 209 atempera su rigor por lo que hace a la prueba de la conducta militar, confiriendo a los Tribunales un arbitrio para apreciarla no obstante las calificaciones y castigos, haciendo expresa declaración al respecto.

La razón del arbitrio se halla, naturalmente, en la variedad de los bienes jurídicos que el Derecho penal militar protege; frente a la violación de cada uno, por cierto, no reviste la misma importancia la conducta militar anterior del delincuente.

Por último, el art. 209 establece como circunstancia atenuante, tratándose de delitos militares, la eximente incompleta de obediencia debida, a que ya aludimos, y cuya limitación en su aplicación a los delitos militares criticamos.

De todas las atenuantes a que se refiere el art. 209, aplicables a los delitos militares y referidas todas a agentes militares, como habíamos adelantado ya, genuinamente, pues, sólo constituye una circunstancia más, no contenida en el art. 11 del Código penal, aplicable en materia militar, la del núm. 2.º: ejecutar, después de cometido el delito, una acción distinguida frente al enemigo.

Relativamente a las atenuantes todavía, y por los términos del

precepto en relación con los delitos militares exclusivamente, dispone el Código en su artículo 212 (43), que no se tomará en cuenta circunstancia atenuante alguna en los casos de traición, espionaje, rebelión y otros que indica por vía ejemplar y, en general, cuando se trate de delitos que pongan en peligro la existencia de una fuerza armada, a juicio del Tribunal.

La ley estima tan graves los delitos a que se refiere, y a tal punto inexcusable la conducta que exige en la norma de ordenamiento en tales casos, que no admite en ellos gradación del juicio de reprochabilidad según las circunstancias.

En cuanto se refiere, ahora, a las circunstancias agravantes rigen en materia militar las mismas agravantes que en materia penal común, y tratándose de delitos militares, además, con arreglo a lo prescrito en el art. 213 (44) del Código de Justicia Militar, las que este mismo precepto indica.

El mencionado artículo, en tres números, reputa circunstancias agravantes una serie de hechos que dicen relación con la ocasión, medios y modos de ejecución del delito; algunos supuestos de otros en que quedan embebidos, pero, en general, susceptibles de concurrencia, constituyendo cada uno una agravante con individualidad propia.

El fundamento de la agravación se encuentra, en general, en el daño que se infiere incidentalmente a la actividad militar, a su eficiencia y organización; en el peligro en que se pone la existencia misma del Ejército y, por ende, la seguridad del país, o en una particular disposición del ánimo del delincuente y que hace más reprochable su conducta.

Las ocasiones, medios y modos a que el precepto del art. 213 alude, agravantes especiales de los delitos militares, por su naturaleza, entendemos ponen de manifiesto que, aun cuando referidas principalmente a los militares, pueden alcanzar también a los particulares autores o partícipes.

(43) Dice el artículo 212 del Código de Justicia Militar: "No se tomará en cuenta circunstancia atenuante alguna en los casos de traición, espionaje, rebelión, insubordinación a mano armada, desertión en campaña, abandono del puesto de centinela frente al enemigo y, en general, cuando se trate de delitos que pongan en peligro la existencia de una fuerza armada a juicio del Tribunal."

(44) Dice el artículo 213 del Código de Justicia Militar: "Se considerarán circunstancias agravantes de los delitos militares, además de las contempladas en el Código penal, las siguientes:

"1.º Cometer el hecho punible en acto del servicio o con daño o perjuicio del mismo; frente al enemigo; en unión de sus inferiores o tomando parte de cualquier modo en las infracciones de un inferior; en plaza sitiada; en los momentos anteriores o próximos al combate; en el combate mismo o durante una retirada;

"2.º Cometer el delito haciendo uso de las armas o abusando del derecho que da el servicio;

"3.º Ejecutarlo ante tropa reunida para un acto del servicio."

6. PARTICIPACIÓN DE NO MILITARES EN DELITOS PROPIAMENTE MILITARES

Acabamos de aludir a los particulares partícipes en delitos *militares*.

Ninguna cuestión suscita la participación de no militares en delitos comunes militares, calificados por la afectación militar del objeto material del delito, pues la incriminación se dirige en ellos indistintamente a todos; la calidad personal del agente es irrelevante penalmente en ellos.

Pero, tratándose de los delitos militares propios y de los que hemos llamado comunes militares calificados por la calidad militar del agente, la participación de no militares plantea en ellos ya un problema, pues la incriminación tiene aquí destinatario, se dirige al militar, y luego la pena con que se desaprueba la conducta es una pena militar.

El Código de Justicia Militar no regula, como no lo hace tampoco el Código penal común, relativamente a las figuras que incorporan un elemento subjetivo personal, la participación de no militares, en quienes no se da el elemento personal que la figura requiere en el agente, en delitos militares propios y calificados por la calidad militar del sujeto.

En su art. 238 (45), sin embargo, dice que cuando corresponda aplicar una pena militar a un individuo no militar, ella se sustituirá por la común que indica. Mas no dice en qué casos a un individuo no militar corresponde aplicarle las penas señaladas en el Código.

Y es importante poner el acento en esto, por la consecuencia a que aparentemente el precepto conduce.

Hemos dicho que la ley desaprueba con penas militares los delitos militares propios y los calificados por la calidad militar del agente y que en ellos la incriminación se dirige al militar.

Luego los únicos supuestos en que a un individuo no militar podría corresponder la aplicación de una pena militar, caso en

(45) Dice el artículo 238: "Cuando a un individuo no militar corresponda aplicarle las penas señaladas en este Código, se sustituirán en la forma siguiente:

"1.º Las penas de presidio y reclusión militares, por las homogéneas de la ley común;

"2.º Las de degradación militar, destitución y expulsión del Ejército, por la de inhabilitación absoluta perpetua;

"3.º La de separación del servicio, por la de inhabilitación absoluta temporal;

"4.º La de destino a una compañía disciplinaria, por presidio menor;

"5.º El arresto militar, por prisión.

"6.º Las demás penas especiales militares, por multa que no baje de cien pesos ni exceda de mil."

el que se pone el art. 238, son los de participación de no militares en delitos propios o calificados por la calidad personal del agente.

En principio, el Código estaría reconociendo en el precepto indicado la comunicabilidad de la calidad personal al participante militar.

Decir "cuando a un individuo no militar corresponde aplicar le las penas señaladas en este Código", significa tanto como decir, cuando la calidad personal sea comunicable, las penas señaladas en este Código se sustituirán en la forma siguiente; pero el precepto no dice, insistimos, cuándo la calidad personal es comunicable.

Doctrinalmente se entiende que lo es cuando la calidad personal es elemento del tipo delictivo, cuando hace al tipo, cuando a no mediar ella no hay delito; esto es, cuando nos hallamos ante un delito propio; y que en cambio no lo es, no es comunicable, cuando es un simple elemento de valoración especial, una particularidad de la culpabilidad que no hace al tipo, pues el delito se configura independientemente de ella, cuando estamos ante figuras calificadas por la calidad personal del agente.

Y entonces, desde que el precepto del art. 238 se pone en el supuesto de comunicabilidad, es que admite o se pronuncia por lo menos por la comunicabilidad tratándose de los delitos militares propios; de otro modo no tendría razón de existir.

Confirma este aserto el expreso reconocimiento que hace el Código en su art. 324 (46), relativamente a la desertión, delito propio, de la posible participación punible de no militares en estos delitos.

Decíamos que el precepto del 238 se pronunciaba por la comunicabilidad de la calidad personal, por lo menos tratándose de los delitos militares propios; pero puesto que no dice cuándo la calidad personal es comunicable, queda aún por resolver el problema respecto de los delitos calificados por la calidad militar del agente.

Tratándose de estos últimos, en que la calidad personal juega el papel de una verdadera circunstancia agravante calificada, incorporada a la figura, simple particularidad de la culpabilidad

(46) Dice el precepto: "El que, sea civil o militar, induzca o fuerce a la desertión, será castigado con la misma pena que el desertor en su respectivo caso. El que la auxilie, con la pena inferior en un grado, y el que la encubra, con la inferior en dos grados, a la que corresponda al desertor."

Vale la pena observar que la razón de ser del precepto no se halla en una excepcional punición de la participación de "extraneus" en delitos propios, sino que el precepto lo que hace es alterar la gradación de la participación; restringe el concepto de autoría vigente y amplia el de la complicidad. He ahí la razón de su especial existencia.

respecto al delito, el ordenamiento positivo chileno, entendemos, reclama la incommunicabilidad.

Con arreglo al precepto del art. 64 (47) del Código penal, las circunstancias, atenuantes o agravantes, personales no son comunicables —y si es cierto que en el caso de las figuras calificadas no se trata de circunstancias, sino de elementos de la misma, la estrecha semejanza entre ambos en cuanto unas y otros, circunstancias personales y elementos personales, representan la ponderación de condiciones peculiares del agente frente al hecho delictuoso, reclama la aplicación analógica del precitado artículo—. Nada justifica un tratamiento discriminatorio tratándose de la comunicabilidad entre unas y otros.

Y este precepto del art. 64 del Código penal es aplicable en materia militar por disposición del art. 205 del Código, lo que viene a hacer idéntica, y por ende a reclamar la misma solución, la situación en materia penal común y en materia militar de los requisitos personales elementos de una figura delictiva, simples particularidades de la culpabilidad con respecto al delito; si las agravantes personales son incommunicables en materia penal militar, por su estrecha semejanza con ellas, los requisitos personales aludidos no pueden ser comunicables; el precepto del artículo 64 del Código penal debe aplicarse a su respecto analógicamente.

El art. 238, cuando alude a los supuestos en que a un no militar corresponde aplicar una pena militar, no puede sino referirse a los delitos propios, a los delitos militares propios.

7. CONCURSO DE DELITOS MILITARES Y COMUNES

Por lo que hace a la teoría del concurso habíamos adelantado ya que ésta, como la de la participación, se rige íntegramente por el Código penal, aplicable en materia militar, en sus disposiciones de carácter general, en defecto de regla especial propia contraria del Código de Justicia Militar.

Y ello porque éste no contiene regla alguna relativa al concurso, ni de delitos militares ni de delitos militares y comunes.

La expresión materia militar que usa el art. 205 la entendemos referida, hemos dicho, no sólo a los delitos militares, sino

(47) Dice el artículo 64 del Código penal en su inciso primero: "Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren."

también a los delitos comunes sujetos a la jurisdicción militar por la calidad del agente y las circunstancias de su perpetración, esto es, a los delitos originariamente, desde su comisión, sujetos a la jurisdicción de los Tribunales Militares.

Pero además de estos delitos comunes hay otros delitos comunes, originalmente de la jurisdicción de los Tribunales ordinarios, a los que no puede alcanzar, entendemos, la expresión materia militar, que por arrastre del fuero, por razones de continencia o unidad procesal, se entregan a la jurisdicción militar (48).

El problema de concurso entre delitos materia militar, digámoslo así, y estos últimos, delitos comunes originalmente atribuidos a la jurisdicción ordinaria, no se encuentra reglado.

Mas si el concurso entre delitos militares y comunes de la jurisdicción militar, originalmente atribuidos a ella, se rige por el Código penal por disposición del artículo 205 del Código de Justicia Militar, desde que entre éstos y los comunes de la jurisdicción ordinaria no hay diferencia penal alguna, entendemos que el concurso no reglado entre delitos militares y comunes de la jurisdicción ordinaria, y con mayor razón entre delitos comunes de una y otra jurisdicción originalmente, han de regirse también por los mismos preceptos del Código penal en una aplicación analógica.

Distingue el ordenamiento penal ordinario entre el concurso real o material y el ideal o formal. Refiérense al primero los artículos 74 del Código penal y 509 del Código de procedimiento penal, aplicable también en materia militar por disposición del artículo 126 del Código, y al segundo el art. 75 del Código penal.

Con arreglo al art. 74 del Código penal (49), el concurso ma-

(48) Dice el artículo 77 del Código de procedimiento penal, aplicable al procedimiento militar por disposición expresa del artículo 129 del Código de Justicia Militar: "Cada crimen o simple delito de que conozca un Tribunal será materia de un sumario.

"Sin embargo, se emprenderán en un solo sumario:

"1.º Los delitos conexos, y

"2.º Los diversos crímenes, simples delitos y faltas que se imputen a un solo procesado, ya sea al iniciarse la causa o durante el progreso de ésta."

Y para que esta disposición pueda aplicarse, zanjando el problema de competencia, dicen los artículos 11 y 12 del Código de Justicia Militar: artículo 11, inciso 2.º: "Si siendo muchos los responsables de un delito o de varios delitos conexos hubiere entre ellos individuos aforados y otros que no lo sean, el Tribunal competente para juzgar a los que gozan de fuero juzgará también a todos los demás." Artículo 12: "Si un mismo individuo fuere responsable de delitos sometidos a la jurisdicción militar y a la jurisdicción ordinaria, será competente para juzgarlo por todos los delitos la jurisdicción militar; pero respecto a la decisión de los delitos comunes el Tribunal Militar se ajustará a las leyes del fuero común."

(49) Dice el artículo 74 del Código penal: "Al culpable de dos o mas

terial de delitos es punible conforme al sistema de la acumulación material de penas: pero tratándose de delitos de la misma especie, la regla se ve morigerada por el art. 509 del Código de procedimiento penal (50), que establece para la punición de éstos el sistema de la acumulación jurídica, salvo que sea más gravoso al delincuente que el sistema de la acumulación material.

Tratándose de la acumulación material de penas, y siempre que éstas no puedan cumplirse simultáneamente, se cumplirán en orden sucesivo decreciente de gravedad.

El concurso ideal o formal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 75 del Código penal, se castiga con la pena mayor asignada al delito más grave (51).

Sea en el supuesto de concurso real, sea que se trate de concurso ideal, plantéase el problema, cuando los delitos en concurso merecen unos penas militares y otros penas comunes, de determinar cuál es la pena más grave para los efectos del cumplimiento

delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones."

"El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible, cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual número 1."

(50) Dice el artículo 509 del Código de procedimiento penal: "En los casos de reiteración (la expresión reiteración se emplea aquí no en el sentido técnico de reincidencia genérica en que lo emplea, por ejemplo, el artículo 10, número 14 del Código penal español) de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados."

"Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el Tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados, según sea el número de los delitos."

"Podrán, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código penal, si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al reo una pena menor."

"Las reglas anteriores se aplicarán también en los casos de reiteración de una misma falta."

"Para los efectos de este artículo se considerarán delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del Código o ley penal que los castigue."

(51) Dice el artículo 75 del Código penal: "La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro."

"En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave."

to de ellas o para los efectos de la determinación del delito más grave.

Creemos que el problema debe resolverse mediante la aplicación analógica del precepto del art. 238, que establece la equivalencia entre penas militares y comunes en orden a la sustitución de las segundas a las primeras cuando corresponde su aplicación a no militares y a que ya hemos aludido (52). La equivalencia ha de ser para todos los efectos idéntica.

Indudablemente, el concurso de delitos plantea otros problemas relativamente a su punición, pero éstos escapan a la teoría del delito y dicen relación más bien con la teoría de la pena y sus efectos.

(52) Véase nota 45.