

# Estudios

## DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

(A propósito del nuevo Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas Belgas)

por John GILISSEN,  
Auditor General y Profesor de  
las Universidades de Bruselas (\*)

### INTRODUCCION

La ley de 14 de enero de 1975 contiene el nuevo Reglamento de disciplina de las Fuerzas Armadas. Reemplaza y deroga un

---

(\*) El original de este estudio ha aparecido en lengua francesa en la "Revista de derecho penal y de criminología", Bruselas, 1975-1976, pag. 283-363. Ha sido igualmente publicado en neerlandés, por la "Revista de Derecho penal militar y de derecho de la guerra", Bruselas, n.º XV-3-4 (1976), pag. 269-359).

Agradecemos a los Directores de tales Revistas el habernos autorizado expresamente para publicarlo en la nuestra. Y muy particularmente el autor, ex Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, por su especial permiso para que podamos insertarlo, con interesantes actualizaciones, en la *Revista Española de Derecho Militar*, traducido al español, omitiendo por razones de espacio algunas referencias muy específicas de la legislación belga, así como un rico caudal de notas y citas a pié de página, que el lector especialmente interesado podría consultar en los textos originales citados en el primer párrafo.

Al enorme interés que actualmente tienen en España los temas tratados ha de unirse la valoración técnica del estudio, en que son de ver la experiencia profesional del que desde hace muchos años se halla al frente de la Justicia Militar Belga y el rigor, lleno de claridad, del Profesor universitario de dimensión internacional.

Nos ha parecido necesario completar la exposición de la materia traduciendo e insertando, asimismo, el texto del reciente Reglamento de Disciplina del Ejército Belga, en torno al cual gira el estudio, que así puede ser mejor seguido.

texto con 160 años de antigüedad: el Decreto del Príncipe Soberano de los Países Bajos de 15 de marzo de 1815.

El nuevo texto es breve: 48 artículos. En numerosas materias el legislador ha confiado al Rey la tarea de reglamentarlas más detalladamente. En el terreno del procedimiento disciplinario ya habían sido introducidas innovaciones por el Real Decreto de 4 de febrero de 1972, al que el Abogado General ROGGEN ha consagrado un sustancioso estudio. Después de la entrada en vigor de la ley, éste texto continúa siendo aplicado, a la espera de un nuevo Decreto Real que se dicte en ejecución de ésta ley.

El nuevo Reglamento de Disciplina, tal como ha sido difundido en el seno de las Fuerzas Armadas, es mucho más amplio que la Ley; se presenta bajo la forma de "edición provisional" de una Instrucción militar, firmada por el Jefe del Estado Mayor General y por el Comandante de la Gendarmería. Este texto comprende 203 artículos recogiendo todas las disposiciones de la Ley, las del Decreto Real de 1972 y otras disposiciones legales y reglamentarias, así como directrices complementarias.

En el presente estudio nos proponemos presentar estos diferentes textos en la medida que puedan interesar a los penalistas. Se trata sobre todo de tres aspectos en los cuales merece ser examinada la frontera entre lo penal y lo disciplinario:

- los hechos punibles: de un lado la infracción penal, de otro la transgresión disciplinaria;
- las sanciones: de una parte las sanciones penales, de otra las sanciones disciplinarias;
- las relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria.

En estos dominios, como en otros, la nueva ley ha introducido innovaciones y modificaciones sustanciales. Ha hecho dar al Derecho disciplinario militar un gran paso adelante en la línea de su "jurisdiccionalización". Ha acercado considerablemente los principios generales del Derecho Penal común y del Militar, pues ha introducido nociones tales como, la suspensión de la sanción, la prescripción, la cancelación de los castigos, la reincidencia.

Ha enunciado con más claridad y rigor los hechos disciplinariamente reprobables.

Ha aliviado considerablemente las sanciones disciplinarias, suprimiendo aquellas que habían conservado rigores desusados e inútiles.

Ha garantizado ciertos derechos para la defensa.

Ha prohibido la doble represión, penal y disciplinaria, para los mismos hechos.

El Derecho disciplinario militar no es el único derecho disciplinario, pues forma parte de todo un conjunto de derechos disciplinarios, no solo los de las funciones públicas, las profesiones

liberales, las empresas comerciales e industriales, sino también de numerosos otros nacidos en los diversos grupos sociales no estatales. Entre estos derechos disciplinarios, el derecho disciplinario militar presenta sin embargo caracteres especiales, básicamente en razón del fin de la institución de las Fuerzas Armadas, es decir, la defensa de la nación en caso de necesidad mediante el uso de las armas. Defensa con el consiguiente peligro de la vida de aquellos que tienen que asegurarla, es decir, los militares.

Los caracteres propios de la función militar no pueden ser perdidos de vista cuando se analiza el Derecho Penal y el Derecho disciplinario militar. No es a propósito de este análisis cuando hay lugar a examinar el problema de la oportunidad de mantener o suprimir las Fuerzas Armadas.

Es supuesto admitido que, conforme a la Constitución y a las Leyes del pueblo belga, la defensa de la nación y de sus instituciones democráticas está asegurada por la Fuerza Pública.

#### *Revisión de Códigos militares.*

La elaboración de un nuevo Reglamento de disciplina forma parte de un conjunto de proyectos encaminados a revisar todo el derecho penal y disciplinario militar, así como las normas procesales que les afecten.

Un proyecto de código penal militar ha sido redactado por una comisión interministerial, que ha trabajado bajo nuestra presidencia desde 1969 a 1973. El proyecto, aprobado por los Ministros de Justicia y de Defensa Nacional, ha sido adoptado por el Gobierno en julio de 1975, actualmente está sometido a dictamen del Consejo de Estado.

Una comisión similar prepara un anteproyecto de código procesal penal militar, que sustituya al código —incompleto— de 1899 y al de 1814. Es de preveer que el texto tardará uno o dos años en estar listo; deberá tener en cuenta, en la medida compatible con las necesidades específicas de las Jurisdicciones militares el proyecto de código procesal penal elaborado por el Comisario Real H. Bekaert.

El Tribunal Europeo de derechos humanos, el 8 de junio de 1976, ha dictado una sentencia de la mayor importancia en materia de derecho disciplinario militar. Se trata de la sentencia Engel y otros. El Tribunal ha examinado una serie de demandas interpuestas por cinco militares holandeses respecto de penas disciplinarias que les fueron impuestas así como contra el procedimiento aplicado por el superior investido del derecho de castigar y ante el Alto Tribunal Militar.

Les han sido denegados a éstos militares 22 planteamientos. Pero en dos puntos la sentencia constata que ha sido violado el

artículo 5.º, párrafo 1.º, de la Convención Europea de salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En un porvenir próximo el legislador belga deberá tener en cuenta esta sentencia, para adaptar el derecho disciplinario en vigor y sobre todo el procedimiento disciplinario, a la interpretación de la Convención. No nos ha sido posible tener en cuenta en este artículo opiniones y aseveraciones contenidas en dicha sentencia, la cual ha sido publicada en la "Revista de derecho penal militar y de la guerra".

Esta reforma del derecho militar en el dominio penal y en el disciplinario se inscribe en un movimiento general de "actualización" de estas materias, que se desenvuelven en numerosos países.

La mayor parte de los Estados de Africa y de Asia, que en el curso de los últimos decenios se han convertido en independientes, han legislado sobre esta materia. Así el Zaire tiene un nuevo Código de Justicia Militar desde 1972, comprendiendo 543 artículos; está completado por un decreto ley de 9 de junio de 1965 que contiene el Reglamento de disciplina para el Ejército Nacional de dicho país; si es cierto que ha sufrido influencia de las legislaciones francesa y belga, ha adoptado en cambio soluciones originales en numerosas materias.

Un buen número de países de Europa y de América han reformado su legislación penal y disciplinaria militar después del final de la Segunda Guerra Mundial. Así, el Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos, de 5 de mayo de 1950; la Ley sobre la Defensa Nacional de Canadá, de 30 de junio de 1950; la nueva "Army Act" de la Gran Bretaña, de 6 de mayo de 1959; la Ley sobre Responsabilidad Penal por delitos militares, de la URSS, de 25 de diciembre de 1958; la Ley Penal Militar de la República Federal Alemana, de 30 de marzo de 1957; así como la Ordenanza Disciplinaria del Ejército de 15 de marzo de 1957, modificada en varios aspectos por la reciente Ley para la nueva ordenación del derecho disciplinario del Ejército, de 21 de agosto de 1972, sobre la cual la "Revista de derecho penal militar y de derecho de la guerra" publica un interesante trabajo de H. Reindl, R. Roth y L. Bregenzer, en las páginas 233-253 de su tomo XIV, correspondiente a 1976.

Pero son sobre todo las modificaciones en este campo legislativo en nuestros vecinos de Sur y Norte las que han podido influir más directamente las reformas que en Bélgica tenemos en curso. En los Países Bajos, varias leyes de 4 de Julio de 1963 han modificado los diferentes Códigos y leyes relativos al derecho penal y disciplinario militar; después de lo cual, la revisión del conjunto de la legislación penal militar ha dado lugar allí a una abundante literatura, que ha desbordado incluso el marco de los

especialistas. En Francia, el nuevo Código de Justicia militar data del 8 de Julio de 1965; ha sido completado por el decreto del 1.º de Octubre de 1966, que contiene el reglamento de disciplina general en los ejércitos, y el decreto de 8 de Octubre de 1966 fija el baremo de las sanciones aplicables a los suboficiales y clases militares; tal decreto a su vez ha sido reemplazado por el de 28 de Julio de 1975, que contiene importantes modificaciones, por ejemplo, en materia de neutralidad de los ejércitos, derechos generales del militar, ejecución de sanciones disciplinarias, garantías a lo largo del proceso disciplinario, etc. Los redactores del proyecto de ley sobre el reglamento de disciplina belga tomaron numerosos preceptos de similar texto francés, empezando por el propio título la ley; oportunamente señalaremos algunas otras similitudes, por ejemplo, la prevención, la noción de servicios de interés general, etc.

*Textos legales y reglamentarios vigentes*

a) La ley de 14 de Enero de 1975 lleva el título: "Ley conteniendo el reglamento de disciplina de las fuerzas armadas". Este título, inspirado por el decreto francés del 1.º de Octubre de 1966, es equívoco, pues da el nombre de "reglamento de disciplina" solamente a las disposiciones contenidas en la ley, haciendo difícil el empleo del mismo término para designar la Instrucción por la cual, la autoridad militar debe difundir las directrices prácticas para la aplicación de la ley en el seno de las fuerzas armadas (ver infra sub c).

La ley comprende dos títulos (con un tercero sobre Disposiciones finales), uno conteniendo las "reglas de la deontología militar" (artículo 1 a 20), otro relativo a "la represión disciplinaria", en el cual la estructura de la ley deja mucho que desear, pues el primer capítulo comienza tratando de "las personas sometidas a la presente ley"; y, por otra parte, el capítulo tercero del título segundo se titula "el procedimiento disciplinario", expresión que también sirve de título a la sección segunda de éste capítulo tercero. La parte principal del título relativo a la deontología militar es el capítulo III, titulado "de los deberes y de los derechos militares". Lo examinaremos mas especialmente bajo el ángulo de las transgresiones disciplinarias.

El título II relativo a la "Represión disciplinaria", se refiere a las transgresiones, las sanciones y el procedimiento disciplinario. El será objeto de nuestra especial atención.

b) La ley es breve. En varias de sus disposiciones encarga al Rey de la regulación de tal o cual materia determinada, por ejemplo, el procedimiento disciplinario (artículo 38), las condiciones para la concesión y los efectos de la suspensión condicional de

la sanción (artículo 39), o las modalidades de la sanción (artículo 40). El Rey no ha dictado todavía ningún real decreto en ejecución de la ley. Pero el decreto real de 4 de Febrero de 1972, referido al procedimiento militar, ha quedado provisionalmente en vigor.

Esta situación, aunque anómala, no presenta sin embargo dificultades mayores, pues el decreto real fue elaborado sobre la base del proyecto de ley, que apenas fué modificado en materia de procedimiento disciplinario.

c) El Comandante militar (en concreto el Jefe del Estado Mayor General, Teniente General Crekillie y el Jefe de la Gendarmería, Teniente General Denève) han publicado, de común acuerdo, bajo forma de instrucción, una "edición provisional" del reglamento de disciplina militar. Esta instrucción lleva el número A 2.

Así, desgraciadamente, se ha mantenido la confusión entre el reglamento de disciplina establecido por la ley y el reglamento de disciplina difundido en el seno de las Fuerzas Armadas. Esta Instrucción A 2 (que contiene 203 artículos) trae ciertamente el texto de la ley, pero con variantes menores y complementos que pueden modificar o desnaturalizar su sentido. Además, se encuentran allí, las disposiciones del decreto real de 4 de Febrero de 1972, preceptos de otras leyes y decretos referidos especialmente a la milicia, y el estatuto profesional de las diferentes categorías de militares pertenecientes a cuadros activos, todo ello completado por instrucciones, comentarios y ejemplos.

El fin de la Instrucción A 2 es evidentemente el de servir de manual, tan práctico como sea posible, para los que lo manejen. Pero desde el punto de vista jurídico, se han confundido allí los textos de leyes y de decretos con instrucciones emanadas meramente de la autoridad militar. El destinatario ignora pues, con la lectura del texto, cual es su valor y su alcance; si es exacto que tanto debe respetar las instrucciones militares como las leyes y decretos, no lo es menos que los decretos deben estar de acuerdo con las leyes y las instrucciones militares conformes con las leyes y los decretos.

La Instrucción A 2 ha sido difundida entre todas las autoridades de las distintas fuerzas, incluso los Jefes de Unidades, habiendo llegado en la Gendarmería hasta los Jefes de Brigada.

La difusión a un nivel inferior no se ha realizado mas que por la instrucción oral en las unidades. Si es cierto que a nadie le está permitido ignorar la ley y que los milicianos, como los otros militares, se considera que han leído las leyes y decretos que conciernen a la disciplina militar en el "Moniteur" (periódico oficial), es aun conveniente que se les dé un conocimiento

efectivo, en forma adecuada, de las leyes y decretos, y también de las instrucciones complementarias. Sería oportuno que todo militar, tanto los soldados como los demás, tenga a su disposición un manual de disciplina militar que exponga de manera clara y sencilla sus deberes y sus derechos.

## I. DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL

### *La noción del derecho disciplinario*

Todos los hombres están sometidos a distintos derechos disciplinarios porque todos forman parte de un cierto número de grupos sociales, cuyas reglas de conducta aceptan y de los que sufren las sanciones a que pueda haber lugar.

Entre estos grupos sociales —o sociedades parciales, o sociedades particulares, o incluso instituciones—, están desde luego los grupos socioprofesionales, en los que cada uno tiene su propia disciplina y sus propias sanciones; tal es el caso del grupo militar. Pero existen muchos otros grupos sociales teniendo sus propias reglas de comportamiento, consideradas obligatorias para sus miembros y sometidos en su caso a determinadas sanciones: escuelas, grupos deportivos, grupos políticos, comunidades religiosas, asociaciones filantrópicas, patrióticas, filosóficas, técnicas, etc.

Citemos a título de ejemplo el grupo deportivo: la obligación de respetar las reglas del juego en el fútbol o en el ciclismo por ejemplo, está sancionada por una autoridad adecuada a cada deporte (árbitro, dirigentes de club, federación deportiva, etc.), sanciones que van desde la advertencia o la amonestación hasta privaciones temporales del derecho de jugar (algunos minutos o algunos días, por ejemplo) y la prohibición definitiva del derecho de participar en las actividades deportivas.

Una indagación en curso sobre el derecho disciplinario de los grupos sociales en Bélgica, ha detectado ya más de seiscientas agrupaciones diferentes, con sus propias reglas de conducta, sus jueces disciplinarios, su procedimiento disciplinario, sus sanciones disciplinarias. Algunos juristas niegan el carácter de derecho a estas reglas y a estas sanciones, al menos cuando el Estado no ha intervenido en su elaboración y promulgación; para ellos, solo la ley emanada del poder legislativo estatal crea derecho; las reglas de conducta de los grupos sociales no estatales, no son derecho. No existiría, pues, "derecho" disciplinario.

Esta tesis deriva de las ideas dominantes en la época de la Revolución francesa. Con el fin de asegurar la igualdad de todos ante la ley uniforme, se suprimen todos los privilegios, comprendidos los de las corporaciones y los de otros grupos sociales del

Estado. Así desapareció el derecho disciplinario, que se había elaborado lentamente desde la edad media en cada uno de los cuerpos y comunidades. Sin embargo, hubo una excepción, precisamente el Ejército, en donde se tuvo en cuenta, incluso en tal época, que la eficacia implicaba una disciplina específica.

Esta concepción legalista del derecho no tiene suficientemente en cuenta la realidad social. Actualmente está generalmente admitido que las reglas de comportamiento de los miembros de grupos sociales no estatales constituyen reglas jurídicas; lo son por su carácter de obligatorias para los miembros del grupo y en tanto que llevan aparejadas sanciones, que van desde la simple represión hasta la expulsión del grupo. Existe pues una especie de pluralismo jurídico, en el sentido de que todos estamos sometidos no solo a las leyes y costumbres de nuestro país sino también a las reglas impuestas en cada grupo social, del que formamos parte tanto voluntaria como obligadamente.

#### *Analogía con el derecho penal*

El derecho disciplinario, es decir las reglas propias de cada uno de estos grupos, presenta una cierta analogía con el derecho y el procedimiento penal. Las reglas de conducta están impuestas conminando con sanciones similares a las sanciones del derecho penal. Existe en cada grupo una autoridad —jefe, consejo, colegio, etc.— investido del derecho de castigar, igual que a nivel estatal existen tribunales. Las reglas de conducta constituyen la disciplina del grupo; son obligatorias, pues el no seguirlas o el no respetarlas, constituyen transgresiones a la disciplina, similares a los quebrantamientos de las leyes penales.

En el siglo XIX, bajo la influencia de la concepción legalista del derecho, la mayor parte de los derechos disciplinarios eran consuetudinarios; el Estado apenas se ocupaba de ellos; ninguna legislación los reglamentaba excepto en algunos sectores, especialmente el Ejército, la Magistratura, la Abogacía. Para los funcionarios del Estado fué preciso esperar el real decreto de 17 de Diciembre de 1923 para ver intervenir al legislador en el campo de las penas disciplinarias.

Actualmente numerosos derechos disciplinarios se han convertido en legales y, en tal sentido, el legislador ha fijado un cierto número de reglas de conducta obligatorias para los miembros del grupo social concreto, al mismo tiempo que ha establecido sanciones y un procedimiento peculiar. Se asiste así a una "institucionalización" progresiva de los derechos disciplinarios, a una "jurisdiccionalización" de la represión disciplinaria. Tal es el caso de la mayor parte de los grupos, formados por los miembros de algunas profesiones liberales: abogados, médicos, arquitectos, al-



guaciles, etc. Tal es el caso de la función pública en general, muy especialmente después del real decreto de 2 de Octubre de 1957.

Tal es también el caso de las relaciones entre empresarios por un lado y empleados u obreros por otro. Las empresas industriales o comerciales, sean grandes o sean pequeñas, no pueden vivir mas que mediante el respeto a una disciplina en la ejecución del trabajo; confirmando una situación de hecho muy antigua, la ley de 8 de Abril de 1965 instituyendo los reglamentos de trabajo, autoriza a los empresarios para adoptar eventualmente sanciones respecto de su personal.

Se ha insistido mucho respecto de las diferencias fundamentales entre el derecho penal y entre el derecho disciplinario, oponiendo infracciones penales y transgresiones disciplinarias, juez penal y autoridad disciplinaria, procedimiento penal y procedimiento disciplinario, sanción penal y sanción disciplinaria. Se ha contrapuesto la potestad represiva ejercida en nombre e interés del conjunto de ciudadanos de la sociedad global estatal, al poder disciplinario que solo se ejerce en sociedades particulares, en grupos sociales no estatales, unicamente sobre los miembros de ellos, en interés suyo y del grupo y a fin especialmente de realizar el objetivo que el grupo se ha señalado, o que le ha sido impuesto. Las sanciones son muy distintas, pues la sanción penal puede privar al condenado de su vida o de su libertad, lo cual no puede hacer la sanción disciplinaria, excepto, por lo que se refiere a la libertad, el derecho disciplinario militar.

La independencia de las dos acciones como de los dos derechos —penales y disciplinarios— tienden sin embargo a desaparecer. En la medida en que los derechos disciplinarios se legalizan, no pueden ignorar ni desconocer las decisiones judiciales. La autoridad de la cosa juzgada en materia penal se impone cada vez mas a las autoridades disciplinarias. Inversamente, el juez penal, mejor informado de las incidencias disciplinarias de algunas situaciones, está constreñido a tener en cuenta eventuales sanciones disciplinarias.

#### *Especialidad del derecho penal y del derecho disciplinario militar*

Aun cuando, de modo general, no hay mas que dos sistemas de derecho represivo —el derecho penal y el derecho disciplinario—, en el grupo social militar hay cuatro:

- el derecho penal común;
- el derecho penal militar;
- el derecho disciplinario militar;
- el derecho disciplinario corporativo militar.

Dicho de otra manera, el militar está sometido a dos derechos penales y a dos derechos disciplinarios. Pues, además de su sumisión al derecho penal como cualquier otro ciudadano, está sometido al derecho penal militar, que comprende un cierto número de infracciones propias de las actividades y del comportamiento en el medio militar. De otra parte, los militares están sometidos a un derecho disciplinario general, común a todos, que comprende sanciones parejas al derecho penal. Y de otra, están sometidos a su propio estatuto, por ejemplo el del oficial o el del suboficial en activo, el del voluntario de carrera o el del miliciano; cada una de estas situaciones está regulada por una ley especial que comprende una parte disciplinaria represiva, que va desde sanciones con repercusión pecuniaria a la de exclusión del grupo.

La coexistencia de dos tipos de derecho disciplinario es específica del derecho de los militares. Resulta sobre todo de la existencia de subgrupos dentro del grupo militar; si de una parte hay reglas de conducta comunes a todos los militares, hay otras que no afectan más que a subgrupos: oficiales, suboficiales, militares de carrera, militares de la reserva, milicianos en servicio activo, etc.

El derecho disciplinario general no ha cesado de existir desde la aparición en los siglos XV y XVI de los ejércitos permanentes; ha subsistido a pesar de la revolución francesa; estaba establecido en Bélgica en una Ley-Reglamento de disciplina, que entró en vigor ya en 1815.

El derecho disciplinario corporativo no se ha desenvuelto más que a lo largo de los siglos XIX y XX a medida que el estatuto de cada grupo militar se iba fijando por el legislador. Ello fue muy pronto —en 1817— respecto de los milicianos, pues en virtud de la Constitución, las obligaciones militares de los ciudadanos debían quedar determinadas por el legislador. También fue muy pronto, por una ley de 1836, respecto de los oficiales, y así estos tuvieron su estatuto disciplinario noventa años antes de que se estableciera tal norma para los funcionarios del Estado. Pero el desenvolvimiento de los derechos profesionales de otras categorías militares es relativamente reciente, más o menos paralelo con los estatutos de otros numerosos grupos sociales al servicio del Estado. La parte disciplinaria de estos estatutos militares se parece, por lo demás, a la de otros estatutos de agentes de la función pública: mismos tipos de reglas generales de conducta, de procedimiento y sobre todo de sanciones, tales como la suspensión, la pérdida de puesto, la separación del servicio.

Pero estas leyes profesionales contienen pocas disposiciones concernientes a las obligaciones militares. Estas están determinadas en el derecho disciplinario militar general, común a todos

los militares. En tales leyes sobre disciplina militar general se establecen castigos disciplinarios, generalmente distintos de los contenidos en las leyes corporativas, pues en aquellas la mayor parte de los castigos son restrictivos de libertad: prevención, arrestos simples, arrestos rigurosos. El derecho de castigar está reservado al Mando, en principio al Jefe del Cuerpo y al Comandante de Unidad, pero no al Ministro; mientras que las sanciones profesionales están adoptadas generalmente por el Ministro o por el Rey. Es este derecho disciplinario general militar el que el legislador ha establecido mediante la ley del 14 de Enero de 1975, que contiene el reglamento de disciplina de las fuerzas armadas belgas.

Este derecho disciplinario militar general comprende la "deontología militar", muy especialmente los derechos y deberes de los militares en general. Las infracciones de estos deberes y las prohibiciones correlativas, son sancionables con correctivos de restricción de libertad, aunque no puedan rebasar un cierto límite, por ejemplo, ocho días para los arrestos rigurosos o cuatro para los simples. Si la violación de una de las reglas específicas de la vida militar es de tal gravedad que se impone una sanción mayor, ha de pasarse del plano disciplinario al plano penal militar.

En efecto, la cualificación de un gran número de infracciones disciplinarias es similar a la de algunos delitos militares. Los ejemplos mas típicos son el quebrantamiento de la obligación de presencia y el de el principio de subordinación. Una corta ausencia, la no ejecución de una orden, por negligencia, constituyen transgresiones disciplinarias; la desertión y la insubordinación son infracciones penales militares.

El derecho penal militar tiene todos los caracteres del derecho penal: legalidad de las infracciones, de las penas, persecución por el ministerio público, enjuiciamiento por jurisdicciones bajo el control del tribunal de casación. Pero, como el derecho disciplinario militar, es un derecho propio del grupo social militar y no común a los habitantes del país. Como el derecho disciplinario, el derecho penal militar establece reglas de conductas especiales del grupo militar. Por otra parte, las jurisdicciones militares, aún teniendo todas las características de otras jurisdicciones, tienen en ellas una participación activa de los oficiales, es decir de aquellos que ejercen la acción disciplinaria.

El particularismo del derecho penal y del disciplinario militar deriva de la razón de ser de las fuerzas armadas. En un Estado democrático las fuerzas armadas sirven para la defensa del territorio, si es preciso por medio de las armas, la Gendarmería, y en algunas circunstancias excepcionales las otras fuerzas armadas,

aseguran el mantenimiento del orden en el respeto de la ley y de las Instituciones.

El primer deber de todo militar, como ha recordado el artículo 9 de la nueva ley, es el de "servir al país con consciencia y valor y en caso de necesidad con peligro de su vida". Este peligro de muerte es específico de la función militar, pues no existe en casi ningún otro grupo social de un Estado. Condiciona la mayor parte de las reglas de conducta propias de los militares: la presencia permanente obligatoria (a menos que medie autorización o justificación), una organización jerárquica que es necesaria a causa del gran número de participantes en la acción; y desde luego, la obediencia a las órdenes —legales— de los jefes.

Es cierto que las fuerzas armadas no son el único grupo social en el que el riesgo de muerte domina el comportamiento obligatorio de los miembros. Bomberos, policías, marinos, aviadores civiles, están también expuestos a este riesgo en el ejercicio de sus funciones, sin estar sin embargo sometidos a un derecho penal y disciplinario propio, que sancione las faltas con penas privativas o restrictivas de libertad. Pero la actividad de estos grupos socio-profesionales está limitada a un cuadro restringido, —el salvamento con ocasión de un incendio, el transporte por aire o por agua de un pequeño grupo de personas, etc.—; la de las fuerzas armadas se extiende a la defensa de todo el país, incluyendo el deber de asegurar la supervivencia de la nación. Para realizar este fin —que algunos pueden discutir, pero ello resultaría aquí fuera de lugar— el grupo social militar, que ésto es la fuerza armada al servicio de la nación, debe continuar disponiendo de medios coercitivos especiales para sancionar las obligaciones específicas del grupo.

La adscripción total a la finalidad de alcanzar el objetivo del grupo requiere por parte de sus componentes que unos se incorporen voluntariamente a tal grupo y que los otros sean obligados a cumplir en servicio de la nación su tiempo de prestación de servicio militar. Los dos subgrupos tienen el mismo fin; pero sin embargo es un fin que les ha sido impuesto por la comunidad nacional, en interés de la misma. No corresponde al grupo militar fijarse un objetivo; no puede actuar en su propio interés; todo lo contrario, no puede tender a otros objetivos que a los que la nación le ha asignado por mediación de sus órganos democráticos legales.

Presencia, jerarquía y obediencia a las órdenes son necesarias en numerosos otros grupos sociales, por ejemplo en los de funcionarios civiles del Estado o en los de asalariados de una empresa privada; por otra parte, el Ejército presenta muchas analogías en estos grupos sociales: es uno de los mayores empresarios, que tiene, en Bélgica, aproximadamente cien mil emplea-

dos para organizar, para actuar, para administrar. Pero lo que distingue a los miembros de las fuerzas armadas de otros funcionarios del Estado y de los empleados de una gran empresa, es el "peligro de vida" inherente a la función militar.

Cierto que en tiempo de paz prolongada, el grupo militar da la impresión —y él mismo la tiene— de parecerse cada vez mas a los otros grupos sociales, pues el peligro de muerte aparece como muy teórico. Pero el derecho penal y el derecho disciplinario militar no pueden ser concebidos para solo el tiempo de paz; deben ser aplicables en tiempo de guerra desde el momento en que las fuerzas armadas deben cumplir el fin para el que han sido organizadas y preparadas, la defensa de la nación.

## II. TRANSGRESIONES DISCIPLINARIAS E INFRACCIONES DE LA LEY PENAL

### *1 — No aplicabilidad del principio "Nullum crimen sine lege"*

El principio es sencillo: el derecho disciplinario no aplica la máxima "Nullum crimen sine lege" que gobierna el derecho penal. Las leyes reglamentos o estatutos que regulan los grupos sociales, no previenen generalmente mas que en términos generales, las obligaciones de sus miembros: no hacer nada que pueda comprometer la actividad del grupo o el honor o la dignidad de la profesión o función, ejecutar las misiones o trabajos conforme a las reglas escritas o a los usos del grupo, etc. Las faltas disciplinarias son actos u omisiones constitutivos de inobservancia de las obligaciones impuestas por las funciones que se ejercen en el grupo. El jefe, es decir aquel o aquellos que ejercen autoridad en el grupo, disponen de entera libertad para apreciar si un acto u omisión constituyen falta disciplinaria; dispone también del poder de sancionarla, bajo reserva de la obligación general del respeto a la Ley.

En principio, es igual en el derecho disciplinario militar. No existe ninguna lista, ningún resumen escrito de las infracciones disciplinarias.

Por otra parte, así fue afirmado en la Exposición de motivos de la ley-reglamento de disciplina de mil novecientos setenta y cinco: "la transgresión escapa por su propia naturaleza de la definición rigurosa y de la enumeración exhaustiva". Esta aseveración está justificada por el hecho de que, la "transgresión está esencialmente en función de las circunstancias" y porque, "la oportunidad de la represión depende ante todo de la apreciación que haga la autoridad".

Esta fórmula, muy vaga, ¿no abre la puerta a posibilidades de abuso?. Ciertamente, la apreciación de la autoridad se conecta

con la *oportunidad* de la represión; lo que significa, parece, que la autoridad militar no debe necesariamente castigar toda infracción disciplinaria que compruebe o que le sea denunciada.

El artículo 7 de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de sus libertades fundamentales, estableciendo que, "nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento de ser cometida, no constituyese un delito con arreglo al derecho nacional o internacional", no es de aplicación a las faltas disciplinarias, según ha confirmado, tanto el Tribunal de Casación de Bélgica como la Comisión europea de los derechos humanos.

## 2 — Definición de la infracción disciplinaria

La ley contiene en su artículo 21, párrafo 1, una definición de la infracción disciplinaria: "Toda transgresión de las disposiciones del Título I constituye una infracción disciplinaria, que puede desencadenar, según los aspectos propios de cada caso, la aplicación de uno de los correctivos disciplinarios enumerados en el Capítulo II".

La proposición subordinada de esta frase, es inútil para definir la infracción disciplinaria; consiste en permitir que se aplique una u otra de las sanciones previstas por la ley "según los aspectos propios de cada caso"; lo que no añade nada a la definición.

Queda, pues, como definición legal: "Toda transgresión de las disposiciones del Título I, constituye una infracción disciplinaria".

Este Título I se rotula: "Reglas de la deontología militar". Comprende cuatro capítulos, de los que los dos primeros contienen disposiciones respecto de las cuales apenas es posible cometer infracciones, pues se trata simplemente de la previa enumeración de las personas sometidas a la ley que contiene el Reglamento de Disciplina, (Capítulo I, arts. 1 a 4), seguido de reglas que establecen la jerarquía militar (Capítulo II, arts. 5 a 8). Quedan, pues dos capítulos útiles para la definición de las transgresiones disciplinarias:

Capítulo III: de los deberes y de los derechos de los militares (Arts. 9 a 17).

Capítulo IV: de la acumulación de funciones y empleos (Arts. 18 a 20).

Este capítulo IV es de importancia menor en el campo de las infracciones, siendo sobre todo en el capítulo III donde se encontrarán las disposiciones cuya violación constituye una transgresión disciplinaria.

La Instrucción A 2 de las autoridades militares ha tratado de hacer mas fácilmente comprensible la definición legal. Des-

pués de haber enumerado, de una parte los deberes de los militares, (arts. 22 a 24) y de otra sus derechos (arts. 25 a 28), dá la definición siguiente (arts 29): “*Todo incumplimiento de los deberes de los militares, así como todo abuso en el ejercicio de sus derechos, constituyen una infracción disciplinaria*”.

La Instrucción recoge aquí los dos elementos del título del capítulo III: por una parte el incumplimiento de los deberes, por otra el abuso en el ejercicio de los derechos.

Ha sido dicho en la Exposición de motivos y a menudo repetido en el curso de las discusiones parlamentarias, que el nuevo “derecho disciplinario militar está basado en los deberes mas que en la prohibición”. En efecto, el capítulo III del Título I de la nueva ley enumera sobre todo los deberes generales de los militares. Pero, a pesar de la afirmación de la Exposición de motivos, el análisis de los artículos revela que se trata por lo menos de tantas infracciones de derechos como de deberes. Los derechos están enunciados en los artículos 14, 15 (parágrafo 1, apartado 2) y 16 (parágrafos 1 y 2), los deberes en los artículos 9, 11, 12 y 17. Casi todas las demás disposiciones empiezan con las palabras: “*está prohibido a los militares...*”; constituyen pues indudablemente prohibición; contravenirlas es cometer una infracción disciplinaria.

Se podrían pues enumerar las infracciones disciplinarias tomando por un lado todas las prohibiciones y por otro, todos los deberes impuestos a los militares en el Título I de la nueva ley. Y se podría de aquí deducir que, el principio “*Nullum crimen sine lege*” está aplicado en el derecho disciplinario militar.

Sin embargo, no es este el caso.

Comprobemos en primer lugar que, si la ley no contiene mas que una definición por referencia, la Exposición de motivos ha dado una definición mas descriptiva:

“la falta contra la disciplina consiste:

— bien en una violación de un mandato particular, expresado concretamente bajo cualquier forma;

— bien en una actitud o en una conducta que constituya un ataque al buen orden o a la buena marcha del servicio en general o, incluso, que sea incompatible con la dignidad del militar”.

La segunda parte de esta definición extralegal es similar a la que se encuentra en la mayoría de los otros derechos disciplinarios. Allí se encuentra esta noción de la dignidad de la función, que está prohibido comprometer. Allí se encuentra de nuevo la fórmula vaga del estatuto de los oficiales y del de los suboficiales: ellos pueden ser destituidos de oficio si resultan culpables de “hechos graves incompatibles con su estado de oficial” o “del de suboficiales”.

La definición legal parece mas exigente: ninguna sanción disciplinaria puede ser aplicada si no se ha definido un quebrantamiento de alguna de las disposiciones del Título I de la ley. Pero si entre estas disposiciones algunas son ciertamente claras y precisas, ordenando hacer alguna cosa o prohibiendo hacer otra, en cambio las hay tan generales y vagas como las de otros derechos disciplinarios. Así, el artículo 9, 4.º, ordena a los militares "evitar comprometer el honor y la dignidad de su estado y de su función". Solo el uso permite saber cuáles son los actos que se consideran comprometedores del honor y de la dignidad; en presencia de una formulación tan imprecisa, hay que concluir que el principio "Nullum crimen sine lege" queda inaplicado en derecho disciplinario militar.

El legislador belga no ha seguido en este terreno el ejemplo de Francia. El decreto francés conteniendo el reglamento de disciplina de 1966, prevé que "los castigos se aplican a los suboficiales y clases en los límites de un baremo fijado por decreto ministerial", baremo que enumera las diferentes faltas, clasificándolas en siete categorías; este baremo, muy detallado, no comprende menos de doscientas dieciocho calificaciones como faltas.

Es cierto que el sistema francés es excepcional. En casi todos los demás países el reglamento de disciplina militar contiene una fórmula general, vaga e imprecisa, del cocepto de falta disciplinaria. A título de ejemplo citaremos el Código Uniforme de la Justicia Militar de los Estados Unidos, de 5 de Mayo de 1950, cuyo artículo 134, llamado el "artículo general", precisamente porque convierte en punible todo acto que comporte perjuicio al buen orden y a la disciplina militar, incrimina "todo desorden y negligencia en perjuicio del buen orden y de la disciplina militar en las fuerzas armadas, toda conducta capaz de llevar descrédito sobre las fuerzas armadas".

Recientemente esta definición del acto susceptible de sanciones disciplinarias ha suscitado críticas diversas en base a su carácter vago y a su formulación demasiado general, asegurando que era contrario a la Constitución americana. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha decidido en una serie de sentencias dictadas en 1974, que esta, definición no es inconstitucional. Los hechos comprendidos en el artículo 134 pueden ser castigados con una pena "a la discreción del Tribunal, por un Consejo de Guerra, general, especial o sumario". El artículo 69 de la "Army Act" británica, de 1955, contiene una formulación igualmente general, considerando como acto punible "cualquier acto, conducta o negligencia en perjuicio del buen nombre y de la disciplina militar". En Holanda, el honor y la dignidad de la función no entran



en liza, para la doctrina reciente, como base de derecho disciplinario y por supuesto del derecho disciplinario militar.

La nueva ley belga continúa también —quizás involuntariamente—, separándose del “Nullum crimen sine lege” para la calificación de las faltas disciplinarias. Ha consagrado una docena de artículos para enumerar los deberes y prohibiciones impuestas a los militares y, al igual que anteriormente, ha transformado en infracciones disciplinarias algunas infracciones penales cometidas en circunstancias especiales. Un breve análisis de esta doble enumeración permitirá hacer algunas comparaciones útiles entre derecho disciplinario y derecho penal.

### 3 — *Deberes y prohibiciones impuestas a los militares*

Los deberes y prohibiciones contemplados en el Título I de la ley reglamento de disciplina de 1975 pueden ser agrupados en dos categorías:

- los deberes de carácter general, que imponen a los militares una conducta general conforme a su papel dentro de la nación en función de su condición militar;
- los deberes especiales y las prohibiciones, que imponen el cumplimiento de un deber concreto o prohíben una actividad o actitud determinada.

Unos son propios de los superiores, otros de los inferiores y otros comunes a ambos.

#### A) LOS DEBERES GENERALES

Están enumerados en los artículos 9, 11, 12 y 17.

Los militares están al servicio de la nación. Deben obedecer las leyes y reglamentos; están sometidos al poder civil. A estos deberes respecto de la nación se añade el deber general de respetar el honor y la dignidad de su estado y de su función.

Consideremos brevemente cada una de las disposiciones de la ley de 1975 en esta materia. Los militares deben:

- a) “servir al país con conciencia y valor y, en caso necesario, con peligro de su vida” (artículo 9, 1.º):

Ya hemos recordado que la obligación de servir con peligro de su propia vida es específica de la condición de militar. La defensa del país por medio de las armas contra un agresor armado implica la aceptación del riesgo de morir. La persona que ha adquirido la condición de militar, bien porque a ello sea obligada por las leyes sobre la milicia, bien porque voluntariamente se haya comprometido a servir, está sometido a las leyes militares: debe estar presente y debe de obedecer a las órdenes legales que le sean dadas; la ausencia sin justificación y la insubordinación están

sancionadas por el Código Penal militar; las penas pueden llegar a ser la de muerte, si estas infracciones están cometidas en determinadas circunstancias de la guerra (Código Penal Militar, art. 28, apartado 3, art. 31, art. 52).

b) "Ser respetuoso con el Jefe del Estado, los deberes constitucionales y las instituciones del Estado" (art. 9, 3.º):

Como afirma la Exposición de motivos, "el carácter de las funciones que incumben a las fuerzas armadas obliga al militar a un deber de lealtad absoluta frente al Gobierno y al régimen".

c) "Abstenerse de una entrega a cualquier actividad que esté en oposición con la Constitución y las leyes del pueblo belga" (art. 9, 5.º).

El sentido de este deber de los militares, corolario de su deber de lealtad, ha sido proporcionado al margen de la discusión del proyecto de ley en el seno de la Comisión de la Cámara. A petición de un Representante sobre la interpretación a dar al término "actividad" en este párrafo, el Ministro de la Defensa nacional hizo observar que este texto supone el recordatorio de que está prohibido a los militares el participar en una actividad que tenga por fin la modificación de una manera ilegal de la Constitución y de las leyes o, dicho de otra manera "toda actividad que tendiese a modificar las Instituciones o la Constitución por vías no previstas por ésta". El Ministro añadió de un modo claro: "por ejemplo, el golpe de Estado".

Lo que está expresamente prohibido a los militares es, pues, la participación en un golpe de Estado. El Ministro de la Defensa Nacional ha tratado además de distinguir lo que el militar puede y no puede discutir. Lo que no puede cuestionar es "el principio de la forma del Estado, su estructura elemental, la monarquía constitucional y parlamentaria, así como el principio de las instituciones democráticas que protegen las libertades individuales de nuestro Estado de derecho". Pero puede discutir, por ejemplo, el problema de una "mas grande dejación de los poderes de Bélgica en favor de Europa, o la supresión de las provincias, o la concesión de más amplios poderes a las regiones, o una modificación de las tareas parlamentarias"; según puede verse en la documentación parlamentaria correspondiente al período 1971-1972.

Esta doble enumeración, cualquiera que sea su imperfección, es importante para precisar los límites de la libertad de expresión de las opiniones del militar. Pues, contrariamente a lo que harían pensar los artículos 14 y 15 de la ley, el derecho de los militares a expresarse libremente, de modo oral y escrito, conoce límites, que están justificados por el temor a que el militar participe en un golpe de Estado, en un complot contra la seguridad del Estado. Así, toda actividad que pueda suponer atentado a nuestras insti-

tuciones democráticas, no solo está reprimida penalmente (Código Penal, art. 104, 109, 233 y siguientes, etc.), sino también disciplinariamente, de modo especial en los casos en que todos los elementos de una u otra infracción no estén reunidos.

d) "Cumplir concienzudamente todas las obligaciones del servicio, que le estén impuestas por la Constitución, las disposiciones legislativas o reglamentarias, así como por los reglamentos, instrucciones y órdenes aplicables a las fuerzas armadas" (art. 9, 2.º).

Esta disposición puede ser considerada como la más importante en la práctica cotidiana existente en el campo del derecho disciplinario represivo. Pues ella permite sancionar disciplinariamente toda infracción, no solo a las leyes y decretos sino también y sobre todo a los "reglamentos, instrucciones y órdenes" de las autoridades militares.

Según dice la Exposición de motivos, este artículo recuerda que, "no puede admitirse que los reglamentos e instrucciones emanadas de la autoridad administrativa puedan ser contrarias a las leyes y decretos". Hay que felicitarse de que haya sido enunciado este precepto. La prevalencia de la legislación sobre la reglamentación emanada de las autoridades militares es evidente y nunca puede ser perdida de vista. En la edición 1959 del reglamento de disciplina, no estaba previsto entre los deberes de los militares a este respecto más que la obligación de "atenerse a las prescripciones dispuestas por los reglamentos militares". Es, quizás, la razón por la cual algunos militares tienen un profundo respeto por los reglamentos castrenses, pero una cierta ignorancia de las leyes y decretos. Los redactores de las instrucciones y reglamentos militares deberían penetrarse bien del respeto a la jerarquía de las fuentes del derecho: todo texto reglamentario *debe* estar de acuerdo con la Constitución, las leyes, los decretos y también los Reales decretos.

En la Instrucción A-2, el texto de este párrafo 2.º del artículo 9 de la ley está reproducido con un añadido que vale la pena subrayar: a los términos "disposiciones legales" ha sido añadido, "especialmente las Convenciones de Ginebra". Si bien se puede lamentar la brevedad y la imprecisión de este añadido, es positivo que el respeto de las Convenciones sobre derecho humanitario esté recordado en un texto tan generalmente extendido en los medios militares.

e) "Velar por la salvaguardia de los intereses morales y materiales del Estado" (art. 17).

El sentido de esta fórmula está precisado y —limitado— en el mismo artículo. Se trata:

— por una parte, de velar "porque el personal cumpla concienzudamente sus obligaciones de servicio".

— por otra parte, de responder “del buen uso y de la conservación de los medios materiales y financieros que hayan sido puestos a su disposición o de los que tenga responsabilidad”.

Como ejemplo de los “intereses morales y del Estado”, el Ministro de la Defensa Nacional ha citado “el ejemplo de un militar con misión en el extranjero que, por su conducta, sus actos o sus palabras, pueda realmente producir perjuicio a los intereses morales del Estado”. Este artículo 17 tiene por finalidad confirmar el principio de la responsabilidad de derecho común, respecto de todas las faltas cometidas por el militar en el ejercicio de sus funciones, no solo con respecto a terceros sino igualmente frente al Estado.

f) “Evitar comprometer el honor y la dignidad de su estado y de su función” (art. 9, 4.º).

Ya hemos dicho que se trata de una disposición muy general, que convierte en infracción punible todo acto contrario a los deberes de la comunidad militar. La fórmula actual es menos vaga que la del Reglamento de disciplina de 1815, tal como vino manteniéndose en todas sus versiones posteriores; el artículo 27 establecía que eran “faltas disciplinarias... todas las actuaciones incompatibles con la disciplina militar”.

La nueva formulación se refiere al honor y a la dignidad del estado del militar, tal como lo hacen la mayor parte de las disposiciones legales o reglamentarias concernientes a las infracciones disciplinarias cometidas en otros grupos sociales, tales como los de magistrados, abogados, médicos, funcionarios del Estado, y como lo hacen también las leyes estatutarias de la mayor parte de las categorías militares.

En Holanda, Van Agt y Verpaalen, en sus estudios doctrinales trataron, en 1971, de “desmitificar” el derecho disciplinario, rechazando reconocer “el honor y la dignidad” de la profesión —y por supuesto de la profesión militar— como base de este derecho disciplinario. Verpaalen ha buscado tal base en otra dirección, el llamado derecho disciplinario “técnico”. Pero entonces la pregunta sería: “¿ha obrado el militar en el ejercicio de su función de la manera que pueda esperarse de él?”. En Bélgica estas consideraciones teóricas encuentran poco eco. De todos modos, cabe hacer notar aquí que, el supuesto derecho disciplinario técnico se encuentra parcialmente en el artículo 9, 2.º, analizado en el precedente apartado d).

## B) LOS DEBERES DE LOS SUPERIORES

Como en las demás fuerzas armadas, la organización militar belga está basada sobre el Mando, cuyos fines no pueden ser alcanzados mas que si todos los militares cumplen las órdenes

de quienes están investidos del derecho de darlas. El mando implica el concepto de superiores que mandan y por consiguiente de subordinados que cumplen las órdenes recibidas. La obligación de obedecer, dentro de los límites que se analizan mas adelante, está impuesta a todos los militares, cualesquiera que fueren, no solo a los soldados (quien normalmente no ejercen mando) sino también a todos los demás militares, hasta los grados más elevados; solo el general más antiguo en su escalafón o el general que ejerza la más alta función militar, no tiene superior militar; pero está, igual que todo militar, sujeto al poder general del Estado.

Las nociones de superiores y subordinados son, pues, nociones relativas, pues con la excepción de los soldados y del general más antiguo, todos los militares son al mismo tiempo superiores de unos y subordinados de otros, sin que estos conceptos tengan ningún sentido peyorativo, pues simplemente señalan el lugar que un militar ocupa en la línea jerárquica.

La nueva ley-reglamento de disciplina contiene de todos modos una importante innovación dentro de esta materia, pues introduce el concepto de "superior funcional" al lado del de "superior jerárquico".

Primero establece, conforme a una tradición secular, que "la autoridad se ejerce normalmente con el superior jerárquico" (art. 6 apartado 1), basada sobre la categoría y sobre la antigüedad en ella (art. 5). Normalmente toda función superior se ejerce por un supuesto jerárquico; pero en los ejércitos modernos han aparecido situaciones excepcionales en las que un superior jerárquico puede tener el deber de obedecer a un militar de grado menos elevado (o de menor antigüedad en el grado). Los ejemplos mas usuales son los comandantes de aeronaves o de grandes navios, en los que la autoridad sobre los militares transportados, aunque fuesen de categoría más elevada, no debe quedar controvertida. La nueva ley ha previsto pues, una jerarquía funcional que está basada en la función ejercida dentro de un marco peculiar y encaminada al cumplimiento de una misión o de un servicio determinado. Este marco puede ser operacional (la Exposición de motivos cita a este respecto el grupo de combate), técnico, administrativo, territorial, etc... La ley puntualiza que el superior funcional puede estar investido de su poder, bien por disposiciones legislativas o reglamentarias, bien por órdenes permanentes o momentáneas a las que él mismo y aquellos que le estén subordinados funcionalmente, quedan sometidos (art. 6, apartado 2).

Es el superior funcional —que se confunde generalmente con el superior jerárquico— quien ejerce el derecho de castigar (art. 30, apartado 1), si estuviese obligado a castigar a un militar más antiguo o revestido de una categoría más elevada, debe remi-

tir la competencia para ello a aquel de sus superiores cuyo grado sea más elevado que el del autor de la transgresión disciplinaria (art. 30, apartado 2). Se deduce de esto que, en caso de conflicto de competencia, la autoridad del superior funcional predomina sobre la del superior jerárquico (instrucción A 2, artículo 7).

La nueva ley-reglamento de disciplina enumera —más que los textos anteriores— los deberes generales de los superiores: firmeza, equidad, corrección, lealtad, ejemplaridad; precisa también su responsabilidad como jefe.

a) “Los superiores deben ejercer su autoridad con firmeza, equidad y corrección” (art. 11, parágrafo 1).

Se trata de cualidades esenciales de todo jefe, quien debe aunar la equidad y la corrección con la firmeza hacia sus subordinados.

b) “El superior debe dar ejemplo a sus subordinados, ser leal con ellos y respetar su dignidad” (art. 12, parágrafo 1).

La lealtad hacia los subordinados y el respeto de su dignidad deben inspirar siempre los actos de los superiores.

En el Reglamento de disciplina, en vigor desde 1915, el artículo 9, consideraba como falta disciplinaria el hecho de que el superior “se entregase a acciones materiales contra un subordinado o de usar respecto de él expresiones inadecuadas”. Esta disposición no impedía la aplicación de los artículos 398 y siguientes del Código Penal al superior que hubiese causado voluntariamente heridas a un subordinado o le hubiese golpeado.

El Código Penal militar actualmente en vigor castiga con penas más severas las violencias cometidas por un subordinado respecto de su superior (art. 34-39). En el proyecto del nuevo Código Penal militar, las mismas penas están previstas para los superiores como para los subordinados: el superior que ultraje o cometa violencia con un subordinado es sancionado de la misma manera que el subordinado que ultraje o cometa violencia con un superior.

c) “Los superiores son responsables de las órdenes que dan” (art. 11, parágrafo 1, apartado 2).

La responsabilidad de los superiores no es solamente disciplinaria; es también penal si la orden conduce a cometer un delito. El problema de la orden legal se tratará más adelante con ocasión del examen de los deberes de los subordinados. El superior que ha dado instrucción conducentes a cometer un delito será declarado responsable con carácter penal, sea como coautor en caso de abuso de autoridad, sea por lo menos como cómplice; en el proyecto de Código Penal militar está siempre considerado como autor.

d) “Los superiores responden de la Unidad que les está confiada

y del buen funcionamiento del servicio". (art. 11, parágrafo 1, apartado 2).

Esta obligación del superior es similar a la que se impone a los funcionarios del Estado, quienes responden frente a sus superiores jerárquicos del buen funcionamiento del servicio cuya dirección les está confiada (A.R. 2 Octubre 1.937, art. 12).

e) "Los superiores son responsables de los desórdenes causados por sus subordinados, cuando estos desórdenes hayan podido cometerse en base a la negligencia de aquéllos o de su exceso de tolerancia" (art. 11, parágrafo 1.º, apartado 2).

La responsabilidad de los jefes en caso de desorden estaba ya expresamente prevista en el reglamento de disciplina de 1915 (art. 4). Había sido precisada también por los artículos 4 a 7 del decreto real de 30 de Diciembre de 1959, recogidos en el Reglamento de disciplina de dicho año (arts. 222-225). De todas maneras, algunas de estas disposiciones han sido incorporadas a la Instrucción A 2 (arts. 171-173). El jefe de un cuerpo o de un destacamento debe usar de todos los medios de que disponga para prevenir o apaciguar inmediatamente los tumultos que pudieran surgir, sea en el seno de la Unidad, sea entre militares de diferentes Unidades, sea con civiles... Todo superior tiene la obligación de intervenir en la forma mas adecuada (intervención personal, llamando al Comandante militar de la plaza, o a la Gendarmería, o a la policía local) en caso en que militares, cualquiera que sea la Unidad a la que pertenezcan, cometan una falta disciplinaria o causen un desorden.

### C) DEBERES DE LOS SUBORDINADOS

Los deberes de los subordinados están insertos en los mismos artículos en que la ley de 1975 lo hace respecto de los deberes de los superiores. Pueden resumirse en algunos principios: lealtad, respeto a la autoridad, obediencia, iniciativa.

a) "El subordinado debe siempre obrar lealmente respecto de sus superiores y debe mostrarse respetuoso para con ellos" (art. 12, parágrafo 2).

Lealtad y respeto son corolarios de los deberes de lealtad, corrección, equidad y firmeza de los superiores.

b) "Los militares (subordinados) deben cumplir fielmente las órdenes —legales— que les sean dadas por sus superiores en interés del servicio" (art. 11, parágrafo 2).

Esta disposición tiene una importancia fundamental en las relaciones entre militares. En ella se afirma el principio de la subordinación: todo militar tiene la obligación legal de cumplir las órdenes que le sean dadas.

Pero es preciso que se trate:

- de una orden que tenga por objeto el servicio;
- dada por un superior;
- y que el cumplimiento de esta orden no suponga, manifiestamente, la comisión de un delito.

El concepto de *orden para el servicio* está definido por la misma ley reglamento de disciplina, en sus artículos 7 y 8. “La orden es la expresión de la voluntad de un superior que quiere ser obedecido”. “La orden debe tener por objeto el servicio, es decir, la ejecución de misiones que incumban al militar que la recibe, en razón de su estado o de su función”.

Esta definición de la orden militar interesa al derecho penal castrense por la misma razón que al derecho disciplinario. Recordemos que la insubordinación, constituida en delito por el artículo 28 del Código Penal militar, consiste en la negativa de obediencia a las órdenes de su superior o en abstenerse intencionalmente de ejecutarlas cuando han sido dadas para la prestación de un servicio. El concepto de orden para un servicio ha sido objeto de abundante jurisprudencia; el nuevo texto legal no aporta apenas innovación en la materia.

La orden debe emanar de un *superior*; pero puede tratarse tanto de un superior funcional como de un superior jerárquico (*supra*). Sin embargo, el poder del superior funcional está limitado a las funciones que le sean legalmente señaladas.

El subordinado *no debe obedecer mas que a las órdenes que no sean manifiestamente ilegales*. Se establece en el apartado 2 del párrafo 2 del artículo 11 de la ley-reglamento de disciplina de 1975 que, “una orden no puede ser cumplida si este cumplimiento puede llevar manifiestamente a la comisión de un delito”. Esta regla tiene por consecuencia librar sin equívocos de su deber de obediencia al subordinado que recibe una orden cuya ejecución estaría acompañada de tales efectos.

El informe de la Comisión de la Defensa nacional de la Cámara de Representantes puntualiza lo que sigue en cuanto al alcance de la palabra “manifiestamente”: “... el autor (léase: el subordinado) debe darse cuenta de que la orden era ilegal. Es por ello por lo que la palabra “manifiestamente” ha quedado inserta en el texto, a fin de evitar así que se exponga al subordinado a inculpaciones por actos que hubiese llevado a cabo de buena fe, en cumplimiento de las órdenes de su jefe. Para llegar a la responsabilidad del autor (léase: el subordinado), es preciso que estas órdenes sean manifiestamente contrarias a las leyes, es decir, que no pueda invocar de ninguna manera su buena fe”.

La nueva ley-reglamento de disciplina se separa, pues, del principio de la obediencia pasiva, el subordinado no debe *siempre*



obedecer, pues se supone que en el estado actual del desarrollo intelectual de todos los militares, un subordinado es capaz de discernir una orden legal o aparentemente legal de una orden que es manifiestamente ilegal.

Esta noción de ilegalidad está limitada a los casos, en que el cumplimiento de la orden, "conduce manifiestamente a la comisión de un delito".

Por consiguiente, y a título de hipótesis, debe ser cumplida la orden que fuese contraria a las leyes o a los preceptos reglamentarios pero cuya ejecución no constituiría en sí un delito. Una enmienda del diputado Dejardin encaminada a prohibir el cumplimiento de una orden de tal clase fué rechazada, porque abriría "la puerta a discusiones sobre la legitimidad de las órdenes dadas" y comprometería "seriamente el buen funcionamiento de las fuerzas armadas".

Igualmente, la orden de cometer una falta de las comprendidas en la ley penal puede ser cumplida sin que la responsabilidad penal o disciplinaria del subordinado sea comprometida, porque el artículo 11, párrafo 2 de la nueva ley, no se refiere sino a los delitos.

Si, pues, el subordinado comete un delito cumpliendo una orden, sabiendo que ésta es manifiestamente ilegal, es penal y civilmente responsable. Por supuesto, el superior que ha dado la orden es también responsable.

El nuevo texto crea así una excepción a la causa de justificación derivada del cumplimiento de la orden del superior, tal como está definida por el artículo 260 del Código Penal, con alcance general, y también en el artículo 152 de este Código. Como ha confirmado el Consejo de Estado, la nueva ley ajusta los textos legales con la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 152 y 260, admitiendo que, "la orden del superior no constituye una causa de justificación cuando el autor no ha podido confundirse acerca del carácter delictivo de la orden que le había sido dada". En cuanto a la orden militar, el Tribunal de casación había ya definido en 1923 que toda orden de servicio de un superior jerárquico obliga al militar a cumplirla, "a menos que no tuviese como objeto un hecho prohibido por la ley".

Al mismo tiempo, pues, el nuevo texto establece una causa de justificación para el delito de insubordinación. El Consejo de Estado, sugirió, por otra parte, se hiciese preceder el texto actual del artículo 28 del Código Penal militar referente a la insubordinación, por las palabras: "salvo en el caso previsto en el artículo 11, párrafo 2, apartado 2 de la ley de 14 de Enero de 1975".

De ahora en adelante, el subordinado se encuentra, pues, ante una opción entre la obediencia justificada y la comisión de

un delito. En efecto, si la ilegalidad de la orden es manifiesta y tal es el parecer del juez, el subordinado que haya cometido el delito es responsable y sancionable; pero si ha rehusado cumplir la orden, no es sancionable a título de insubordinación. De otra parte, si la ilegalidad de la orden es solamente dudosa, el subordinado debe cumplirla; si rehusa hacerlo, podrá ser condenado en concepto de insubordinación cuando el juez admita la legalidad de la orden.

La responsabilidad penal del superior que haya dado una orden legal se asienta, en caso de cumplimiento de esta orden, sobre la base del apartado 2 del párrafo 1.º del artículo 11 de la ley-reglamento de disciplina, y de los artículos 152, 254 a 256 y 260 del Código Penal ordinario. Este superior podrá eventualmente justificarse probando el estado de necesidad en el que se hubiese encontrado.

Se halla establecido en el apartado 2 del número 2.º de la letra b) del artículo 20 de la Instrucción A 2, que, "en caso de operación armada el superior que dé una orden que deba conducir a la comisión de un delito, está justificado si se demuestra que, en las circunstancias en las que se encontraba, no podría obrar de otra manera salvaguardar un interés vital para la nación". Esta eventual justificación no está, actualmente al menos, enunciada como tal por la ley, pues esta no prevé la ausencia de delitos sino cuando "el hecho estaba ordenado por la ley y mandado por la autoridad" (Código Penal ordinario, artículo 70) o, "cuando el acusado o el procesado ha sido impulsado por una fuerza a la que no haya podido resistir" (Código Penal ordinario, art. 71).

De otro lado, en virtud del artículo 78 del Código Penal, "ningún delito puede ser excusado sino es en los supuestos definidos en la ley". Y tal no es el caso cuando se trata de "salvaguardar un interés vital para la nación". En todo caso, las circunstancias dentro de las cuales haya obrado el jefe responsable, podrán permitir al juez, eventualmente, comprobar que haya habido una coerción moral —en realidad, estado de necesidad—, "no habiendo podido el autor, ante un mal grave e inminente, salvaguardar de otra manera los intereses que tenía el deber o que estaba en el derecho de salvaguardar antes que todo", como ha dicho el Tribunal de casación en 1949. En esta hipótesis, el delito quedaría justificado por la aplicación del artículo 71 del Código Penal ordinario.

Ciertamente que una justificación de esta naturaleza no podría ser invocada en el caso de violación de las disposiciones de los artículos 2, 3, 4 (párrafo 1) y 7 de la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de Noviembre de 1950), aprobada por

la ley belga de 13 de Marzo de 1955; estas son precisamente las disposiciones que están exceptuadas de una posible derogación, prevista por el **parágrafo 1 del artículo 15** de tal Convención “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”. El artículo 3, por ejemplo, que prohíbe toda tortura, constituye en derecho belga una prohibición sin limitaciones; ningún peligro público que amenace la vida de la nación puede justificarlas. Esto es lo que el Consejo de Guerra de Lieja ha decidido en un proceso reciente.

El problema es mas delicado cuando se trata de la aplicación del artículo 2 de la Convención, relativo al derecho que toda persona tiene a la vida. El artículo 15, que contempla este artículo 2 en su **parágrafo 2.º**, añade: “salvo para el caso de muerte resultante de actos lícitos de guerra”. La orden de bombardear una población donde se encuentre un objetivo militar enemigo aunque haya también personal civil, será lícita o ilícita según que haya o no, violación de las convenciones internacionales de derecho humanitario, de el derecho de la guerra.

c) “El subordinado debe dar pruebas, si las circunstancias lo exigen, de iniciativa en el ejercicio de sus funciones” (art. 12, **parágrafo 2**).

Esto constituye una segunda derogación del principio de obediencia pasiva. La nueva ley impone una obediencia activa o, mas bien, comprensiva, porque permite reprochar al subordinado su falta de iniciativa en determinadas circunstancias. Ya el Reglamento de disciplina de 1959 precisaba que la disciplina militar no excluye ni la personalidad ni la iniciativa. “Esta última es, incluso, la fórmula más completa y elevada de la obediencia. Pues nadie está cubierto por una orden recibida cuando, en el momento de la ejecución, las circunstancias han cambiado... La obediencia no puede nunca tener por resultado la inactividad, la falta de resolución o la falta de audacia”. Estas precisiones merecían haber sido repetidas en las futuras instrucciones concernientes a la disciplina.

Pero la iniciativa tiene límites; no puede ir en contra de las leyes; solo debe suplir la ausencia momentánea del jefe, tratando de hacer aquello que es probable hubiese estimado debía de haber sido hecho.

#### D) DEBERES ESPECIALES

a) “*Los militares no pueden ausentarse del servicio sin autorización o justificación*” (art. 10)

Es la obligación general de presencia: todo militar debe obli-

gatoriamente estar presente en su servicio las 24 horas del día. No puede estar ausente mas que si está autorizado por las leyes y reglamentos o por una decisión de sus jefes. Se trata de licencias o permisos, de permisos de paseo, autorizaciones ocasionales, etc.

En la Exposición de motivos se explica que no toda ausencia debe necesariamente estar cubierta por una autorización previa, pues pueden presentarse casos de fuerza mayor; el militar ausente sin autorización, debe entonces justificar su ausencia y corresponde a la autoridad militar (militar, o en algunos casos judicial) admitir esta justificación como válida o no.

El militar ausente sin autorización o justificación comete una falta disciplinaria. Si esta ausencia se prolonga durante más de 3, 8 o 15 días, según las circunstancias previstas en los artículos 43 a 45 del Código Penal militar, será considerado desertor. En el anteproyecto del nuevo Código Penal militar, se prevé, por una parte, el delito de ausencia no justificada, y por otra, la deserción; sería desertor, especialmente, aquel que se ausente de su Unidad con la intención de sustraerse, bien a la obligación del servicio militar, bien a una operación armada.

La Convención europea de salvaguardia del derecho del hombre prevé expresamente que el servicio de carácter militar no está considerado como "trabajo forzado y obligatorio", en el sentido de su artículo 4. Esta obligación de presencia está impuesta a los milicianos y a los enganchados y reenganchados voluntarios a tenor de las leyes sobre la milicia, y a los militares del cuadro activo en virtud de sus diferentes estatutos.

#### b) *Limitación de las actividades políticas*

Actualmente los militares tienen todos los derechos de que disfrutaban los ciudadanos belgas (art. 14). Entre los nuevos derechos políticos que así han sido adquiridos, figura la libertad de afiliarse a un partido político (art. 15, apartado 2).

Sin embargo estas libertades son limitadas; y lo son más para los miembros de la Gendarmería que para los demás militares. Resumimos brevemente estas limitaciones, cuya transgresión puede constituir una falta disciplinaria y ser sancionada como tal.

En primer lugar, a los militares en general (comprendiendo por supuesto a los miembros de la Gendarmería), les está prohibido:

- entregarse a actividades políticas *en el seno* del Ejército (art. 15, párrafo 1.º, apartado 1);
- cumplir dentro de un partido político otras funciones distintas de las de afiliado, experto, consejero o miembro de un centro de

estudios (art. 15, párrafo 1, apartado 3); pueden, pues, participar en las elecciones organizadas en el seno del partido en el momento de las votaciones, pero no pueden ocupar funciones directivas, ni llevar a cabo misiones subalternas, como pegar carteles de propaganda, conducir coches de propaganda, etc.;

— participar, aunque sea fuera del servicio, activa o públicamente en la vida política en concepto distinto al mero ejercicio de los derechos concernientes a su condición de afiliado, experto o asesor de un partido político o miembro de un centro de estudios (art. 15, párrafo 1, apartado 4);

— llevar uniforme militar o hacer notar su condición de tal dentro del cuadro de su actividad política (art. 15, párrafo 2);

— para los militares de los cuadros activos, afiliarse a una organización sindical que no hubiese sido reconocida como representativa del personal de funciones públicas (art. 16, párrafo 1).

A los miembros de la Gendarmería les está prohibido, además: — manifestar públicamente sus opiniones políticas (art. 15, párrafo 3.º, apartado 1, al final);

— afiliarse a un partido político y, en general, prestar su concurso a movimientos, agrupaciones, organizaciones o asociaciones que persigan fines políticos (art. 15, párrafo 1.º, apartado 2 y, párrafo 3.º, apartado 1);

— afiliarse a asociaciones profesionales distintas de aquellas que, aprobadas por el Rey, agrupen exclusivamente miembros de la Gendarmería en servicio activo o retirados que cobren pensión y cuyos estatutos prevean expresamente que la mayoría de los miembros del Consejo de Administración han de ser miembros de los cuadros activos en situación de servicio (artículo 16, párrafo 2.º).

Estas diversas limitaciones de los derechos políticos de los militares se imponen para salvaguardar la cohesión del Ejército y su independencia frente a los partidos políticos, a los sindicatos y a todos los demás grupos de presión. Esta independencia se impone muy particularmente a la Gendarmería, cuya neutralidad es indispensable para permitirle cumplir sus funciones de mantenimiento del orden y de la salvaguardia de la tranquilidad pública.

### c) *Prohibición absoluta del derecho de huelga*

En razón de las misiones de las fuerzas armadas, “se prohíbe a los militares toda clase de huelga” (art. 16, párrafo 3). Esta podría paralizar a las fuerzas, hacerlas ineficaces, cuando incluso la defensa del país y la supervivencia de la nación dependen de ella.

Así pues, la huelga, cualquiera que sea la forma que adopte,

está prohibida. El quebrantamiento de esta prohibición puede ser sancionado disciplinariamente. Como ella tendrá, en la mayoría de los casos, la forma de una desobediencia a orden dada por un superior, y pertenecerá a las jurisdicciones militares reprimir la infracción al artículo 28 del Código Penal castrense. Si la huelga toma la forma de una resistencia colectiva y simultánea a las órdenes del jefe, se tratará de una sedición militar contemplada por los artículos 29 a 31 de dicho Código.

#### d) *Obligación de guardar secreto*

“Está prohibido a los militares... revelar a personas no autorizadas para conocerlas, las informaciones de las que haya tenido conocimiento y que tengan un carácter secreto o confidencial en base a su naturaleza o a determinaciones de las autoridades militares” (ley-reglamento de disciplina, art. 13, parágrafo 1).

Los hechos así descritos encuentran su marco de aplicación en el artículo 458 del Código Penal, pues los militares son “personas depositarias, por su situación o por su profesión, de secretos que se les confíen”; no pueden pues revelarlos, excepto si son llamados a declarar como testigos ante los tribunales de justicia o en el caso en que la ley les obligue a dar a conocer los secretos. Si el secreto es proporcionado o comunicado a una potencia extranjera, el hecho puede caer bajo la aplicabilidad del artículo 118 del Código Penal (delitos contra la seguridad del Estado).

La ley-reglamento de disciplina de 1975 no hace, pues, sino recordar y precisar el deber general de discrección que se impone tanto a los militares como a funcionarios del Estado (A.R. 2 Octubre 1937, art. 9) y como, por supuesto a cualquier otra persona depositaria de secretos. Por su propia actividad, los militares son muy a menudo detentadores de secretos afectantes a la defensa del territorio y muy numerosos documentos militares son “secretos” o “confidenciales”. Es uno de sus más imperativos deberes el de no divulgar nada.

La nueva ley prevé de todas maneras una excepción importante y grave: la obligación de guardar secreto no puede constituir una traba para la defensa de todos los derechos individuales” (art. 13, parágrafo 2.º). El legislador ha tenido la preocupación de permitir a todo militar poderse defender de una acusación o hacer valer sus derechos, incluso divulgando el secreto del que fuese depositario; pues, como se precisa en la Exposición de motivos, “el secreto no debe constituir un modo indirecto de reducir al silencio a un militar”. Esta disposición amplía la excepción prevista en el artículo 458 del Código Penal, pues no se establece solo para testimoniar ante la Justicia sino para defender cualquier

derecho individual, en atención al cual un militar puede desvelar un secreto que interese a la defensa nacional. Son evidentes los riesgos del abuso de este derecho: el militar depositario de un dato considerado como muy secreto e interesante para la defensa no solo de Bélgica sino también de países aliados, pero que desde luego puede no ser nada más que un pretexto —de que el crea debe defender un derecho individual lesionado.

Cuando por el contrario se trate de defender derechos individuales ante la Justicia, aquellos que por esta vía hubiesen tenido conocimiento de secretos afectantes a la defensa del país, están a su vez obligados al secreto; así, magistrados, abogados, autoridades de la policía.

e) *Obligación de revelar las maniobras subversivas*

Junto a la obligación de guardar el secreto, el militar tiene la obligación de revelar “las maniobras que tiendan a derribar por la fuerza los poderes y las instituciones establecidos por la Constitución o por la ley” (art. 13, parágrafo 3).

El militar debe hacer esta revelación:

- bien a la autoridad judicial,
- bien directamente al Ministro de la Defensa Nacional; no estando obligado a seguir la vía jerárquica.

En efecto, si un militar está puesto al corriente de maniobras subversivas, su deber de lealtad le impone, “en interés superior de la nación”, dar conocimiento de ello a las autoridades más calificadas para intervenir.

f) *Prohibición de acumular funciones y empleos*

Está prohibido a los militares ejercer por sí mismos o por personas interpuestas, otros empleos, profesiones u ocupaciones públicas o privadas, excepto las que se ejerzan gratuitamente. Les está prohibido aceptar un mandato o prestar un servicio incluso gratuito en una empresa de fin lucrativo (art. 18). Pueden ser acordadas excepciones por el Ministro (art. 19).

Estas prohibiciones no afectan más que a los militares de los cuadros activos, con la excepción de aquellos que por conveniencias personales están en situación de no actividad o con licencia extraordinaria (art. 20).

g) *Prohibición a los miembros de la Gendarmería de casarse sin autorización*

El artículo 45 —curiosamente colocado entre las “disposi-

ciones finales (Título III)— prohíbe a los miembros de la Gendarmería de los cuadros activos contraer matrimonio sin haber sido previamente autorizados para ello, “de acuerdo con las modalidades fijadas por el Rey”. Antes, esta prohibición afectaba a todos los militares.

#### 4 - - *Delitos disciplinarizados*

El artículo 21, párrafo 2, de la nueva ley que contiene el reglamento de disciplina, prevé tres clases de infracciones disciplinarias, que son infracciones penales, pero que por razón de su poca gravedad el legislador ha considerado debía estimarlas como faltas puramente disciplinarias. Se trata del: “hecho para los militares:

- I) de vender, dar, cambiar dar en prenda, dañar, destruir, o de alguna manera hacer desaparecer cualquiera de los efectos menores de su equipo;
- II) de pelearse, de entregarse a excesos o de dar muestras de insolencia hacia otros militares, mientras estos actos sean debidos a la impetuosidad de su autor;
- III) de cometer una ratería en perjuicio de otros militares o del Estado”.

La Exposición de motivos justifica así esta disposición: “el párrafo 2.º enumera tres clases de delitos que siempre han sido sancionados disciplinariamente. Esta disposición ofrece la posibilidad de mantener en el terreno disciplinario hechos poco graves, aunque bien determinados, que de otro modo caerían bajo la competencia de la jurisdicción penal común”.

Se trata pues de tres delitos que el legislador despenaliza: aunque todos los elementos de la infracción están reunidos, el castigo queda sin embargo abandonado a la disciplina militar con lo que, legalmente, quedan sustraídos a la acusación pública y al enjuiciamiento por las jurisdicciones penales.

Esta clase de despenalización por vía legal de un delito, no es una novedad en el derecho militar. El antiguo reglamento de disciplina, sobre la base de la ley de 15 de Marzo de 1815, contenía una lista mucho más amplia de infracciones que si no presentaban mas que caracteres de escasa gravedad, se reprimían disciplinariamente. Tales eran los casos, por ejemplo:

- de todo superior que acometiese materialmente a un subordinado (R.D. 1815 y 1959, art. 9), aún cuando los golpes voluntarios constituyesen delito, de los artículos 398 y siguiente del Código Penal;
- de todo militar que cometiese excesos en la bebida, aun cuando la embriaguez pública sea una infracción de derecho común.



El legislador de 1975 no ha "disciplinarizado" sino tres infracciones: aquellas que estaban contempladas por los artículos 19, 20 y 21 del antiguo reglamento de disciplina. ¿Porqué se han conservado estas tres incriminaciones?. El legislador no ha dado ninguna explicación, a no ser el hecho de que "en todos los tiempos" estas infracciones han sido sancionadas disciplinariamente.

a) Para la primera infracción --venta, etc. de efectos menores del equipo - la distinción está clara, porque el real decreto de 1 de Septiembre de 1950 enumera los objetos menores del equipo; estando la venta etc., de los efectos mayores del equipo sancionada penalmente por el artículo 56 del Código Penal militar.

b) El concepto de ratería es mucho menos preciso. En el texto neerlandés de la ley-reglamento de disciplina de 1975, no ha sido utilizado el término preciso sino la expresión vaga, "sustraer cosas no importantes". La ley-reglamento de disciplina de 1915 había empleado una expresión que se tradujo por: "ligero pillaje".

En una nota sobre el artículo 21 de la edición de 1959 del reglamento de disciplina, se había constatado que el pillaje no estaba ya en nuestras costumbres; pero que se aconsejaba a los jefes de cuerpo "apreciar equitativamente antes de denunciarlo a la justicia, los hechos de sustraer sin engaño claro, objetos sin valor tales como: un cepillo, una caja de cerillas, cigarrillos, un par de guantes, etc., y llegado el caso, corregir a los autores disciplinariamente salvo que hubiese reincidencia". Parece que es esta instrucción reglamentaria del antiguo reglamento de disciplina la que ha inspirado a los autores del proyecto de ley para proponer la "disciplinarización" de la ratería. Sin embargo, esto es solo en el caso de que la ratería haya sido cometida en perjuicio de otros militares o del Estado; el hurto de objetos de poco valor en perjuicio de otras personas no está legalmente disciplinarizado, mientras que lo estaba antes de la nueva ley.

c) Las peleas entre militares están también disciplinarizadas. El artículo 21 de la nueva ley repite casi literalmente el texto del artículo 20 del antiguo reglamento de disciplina. Aunque los redactores del nuevo texto hayan simplificado el antiguo, que se remonta a la ley-reglamento de disciplina de 1815, no han podido evitar el empleo de terminos imprecisos y de expresiones poco claras.

Dos incriminaciones se contemplan:

— "pelearse". el texto neerlandés precisa que se trata de peleas entre militares. El antiguo texto contemplaba también las peleas con civiles, pero este caso se ha abandonado. También se ha dejado a un lado el caso que anteriormente estaba previsto, de que el militar se golpeará con sus camaradas o con paisanos. Las peleas

con golpes voluntarios, generalmente recíprocos, son hechos que continúan siendo incriminados en los artículos 398 y siguientes del Código Penal;

-- "entregarse a excesos o dar muestras de insolencia hacia otros militares". La nueva ley no convierte en faltas disciplinarias estos hechos mas que si son conocidos respecto de militares, mientras que el antiguo texto incriminaba estos hechos cuando eran cometidos "en la vía pública, en las habitaciones o en los cafés".

De todas maneras no hay "disciplinización" sino cuando "estos actos sean debidos a la impetuosidad de su autor". El legislador de 1975, nos parece que acertadamente, ha descartado la embriaguez como causa de disciplinización.

##### *5 — Elementos de delitos incompletos que constituyen faltas disciplinarias*

En los tres casos contemplados por el artículo 21, parágrafo 2.º de la ley-reglamento de disciplina, la infracción está legalmente disciplinizada porque presenta poca gravedad, aunque en todo caso estén presentes todos los elementos de la infracción.

En otros numerosos casos, la falta disciplinaria es una especie de delito incompleto, en el sentido de que está constituida por un conjunto de elementos que corresponden a los elementos del delito, con la excepción de uno o varios de entre los mismos. Dicho de otra manera: si estan reunidos todos los elementos, hay delito (militar o de derecho común); si falta uno o varios de ellos, pero los otros están presentes, no hay sino una falta disciplinaria.

El ejemplo más típico es la ausencia ilegal; si ésta se prolonga mas allá del plazo de gracia fijado por los artículos 43 y siguientes del Código Penal militar (3, 8 o 15 días) hay deserción, delito militar; si no, no hay mas que una falta disciplinaria. La Instrucción A 2 (art. 99) cita algunos otros ejemplos:

-- el ultraje a un superior es una infracción militar (art. 42 del Código Penal Militar), pero la falta de respeto a un superior no es sino una transgresión disciplinaria;

-- rehusar el cumplimiento de una orden es un delito militar (art. 28 del Código Penal castrense), pero la negligencia en el cumplimiento de una orden no es mas que una falta disciplinaria;

-- el abandono de puesto por un centinela sin haber cumplido su consigna es un delito militar (art. 23 del Código Penal militar), pero no cumplir una de sus consignas, permaneciendo en su puesto, es una falta disciplinaria.

Estos ejemplos muestran que la mayor parte de los delitos militares son transgresiones disciplinarias para las que solo la represión penal es adecuada; e, inversamente a la mayor parte de los delitos militares, corresponden faltas disciplinarias cuando

la escasa gravedad de los hechos no justifica una represión penal.

De la misma manera también, hay numerosos delitos de derecho común en que si falta uno de sus elementos, materiales o morales, los hechos pueden constituir muy a menudo una falta disciplinaria.

#### *6 — Las faltas con doble carácter*

En el análisis de los hechos punibles que puede cometer un militar se encuentra también lo que se ha llamado las “faltas con doble carácter”: se trata de un hecho único o de un conjunto de hechos que a la vez revisten un aspecto penal y un aspecto disciplinario.

Con el sistema en vigor hasta 1975, el jefe de una unidad podía sancionar inmediatamente la falta disciplinaria mientras que la persecución del delito principal seguía su curso ante los organismos competentes. Actualmente solo pertenece a la autoridad judicial el decidir sobre las faltas de doble carácter; la autoridad militar no intervendría para sancionar las faltas mas que como consecuencia de una decisión judicial al efecto.

La Instrucción A 2 (art. 102) no cita mas que tres ejemplos de faltas con doble carácter: la embriaguez pública de uniforme, el escándalo público de uniforme, y el hecho de que un militar tome irregularmente fondos de una caja de la que tenía la gestión, ocultando su acción con una mala llevanza de los documentos contables. Evidentemente, hay muchas otras de ellas.

Incluso parece que se podría afirmar que casi todos los hechos constitutivos de infracciones penales cometidas por un militar, constituyen una o varias transgresiones de la disciplina. Revisten un aspecto disciplinario porque la comprometen; cometiendo un hurto, una malversación, dando bofetadas, infringiendo las buenas costumbres, un militar compromete el honor y la dignidad de su estado y de su función.

El problema de las faltas con doble carácter presenta un interés práctico considerable en lo que se refiere a los límites de la acción penal y de la acción disciplinaria, según veremos en el último capítulo.

### III — CASTIGOS DISCIPLINARIOS Y MEDIDAS ESTATUTARIAS DE CARACTER DISCIPLINARIO

#### *1.— Cuatro tipos de sanciones*

Poniendo el acento sobre la especialidad del derecho penal y del disciplinario militar hemos ya insistido sobre las circunstancias de que los militares están sometidos a cuatro sistemas de

derechos represivo. De ello deriva el que los militares están sometidos a cuatro tipos de sanciones:

- las *penas* de derecho penal ordinario, sistema común a todos, tanto civiles como militares;
- las *penas militares* enumeradas en el artículo 1 del Código Penal militar (la muerte por fusilamiento, la prisión militar, la degradación militar); siendo preciso añadir a ellas los castigos disciplinarios, previstos como penas correccionales por los artículos 24, 25 y 59 del Código Penal militar y la privación de grado prevista por el artículo 54;
- los *castigos disciplinarios militares*, previstos por el artículo 22 de la ley-reglamento de disciplina, de 14 de Enero de 1975, como sanción para las transgresiones disciplinarias;
- las *medidas estatutarias de carácter disciplinario*, previstas por la ley para la milicia y las leyes estatutarias de las diferentes categorías militares.

Estas medidas estatutarias son las sanciones que se parecen más a las sanciones disciplinarias de los demás grupos sociales, tales como los funcionarios del Estado, magistrados, abogados, médicos, empleados y obreros de empresas privadas. Se refiere tanto a una suspensión de funciones como a la exclusión del grupo social (destitución, dimisión, retiro, etc.).

Los castigos disciplinarios son propios del grupo militar, de la misma manera que lo son las penas militares. Los castigos más graves presentan una cierta analogía con las penas del derecho penal, en cuanto que privan al penado de una parte de su libertad de ir y venir. Pero mientras que las diversas formas de detención son privativas de libertad —igual que lo eran algunos castigos disciplinarios tales como el calabozo, los arrestos en los calabozos de la policía o en la prisión militar—, los nuevos castigos disciplinarios se llaman solamente restrictivos de libertad.

Tales sanciones son casi inexistentes en los otros grupos sociales. Las obligaciones propias del grupo militar, sobre todo la defensa de la Nación con peligro de la propia vida, explican y justifican los tipos particulares de sanciones disciplinarias previstos por la ley-reglamento de disciplina.

## 2 · *Castigos disciplinarios militares*

Se ha hecho un gran esfuerzo para uniformar los castigos disciplinarios; de ahora en adelante, los mismos castigos disciplinarios están previstos para *todos* los militares, cualquiera que sea su categoría o empleo.

Se ha asegurado así una mayor igualdad entre todos; apenas

se puede hablar mas, en el terreno de las infracciones disciplina-  
rias, de privilegios para uno y otro grupo. Es lamentable que toda-  
vía no sea lo mismo en el terreno del derecho penal militar, donde  
queda reservado a los oficiales un régimen especial: los delitos  
que para el militar no oficial se castigan con prisión militar hasta  
tres años, son castigados con la destitución para los que son ofi-  
ciales, por ejemplo, la desertión, la insubordinación, el abandono  
de puesto, la violencia contra un superior no se castiga mas que  
con la destitución si el autor es un oficial. Esta anomalía debería  
desaparecer tal como ha sido propuesto en el anteproyecto de  
Código Penal militar. Esta anomalía ha aparecido claramente con  
ocasión de condenas recientemente pronunciadas por las jurisdic-  
ciones militares contra oficiales jóvenes, especialmente médicos,  
que querían dejar el Ejército pero que no obtuvieron la autorizaci-  
ón del Ministro de la Defensa Nacional. Habiendo desertado,  
algunos fueron condenados a la destitución, privándoles del de-  
recho de llevar uniforme, que es precisamente lo que deseaban.

En lo sucesivo hay cuatro tipos de castigos disciplinarios  
aplicables a todos los militares: advertencia, represión, arresto  
sencillo de uno o ocho días, arrestos rigurosos de uno a cuatro  
días.

Un quinto tipo de castigo disciplinario ha sido previsto para  
los milicianos y para los voluntarios que cumplan su primer en-  
ganche o reenganche: la prevención, de una a cuatro veces durante  
cuatro horas.

Estos cinco tipos de castigos disciplinarios se subdividen en  
castigos mayores y castigos menores.

Subsiste a este respecto una diferencia entre los oficiales y  
los demás militares. Para estos últimos, solo los castigos riguro-  
sos son castigos mayores, pero para los oficiales también lo son  
los arrestos simples. Ciertamente que la distinción solo afecta al  
procedimiento, especialmente a la competencia, pues en princi-  
pio es el Jefe del Cuerpo el que tiene el derecho de castigar, pero  
también el Jefe de la Unidad lo tiene para los castigos menores.

Se pueden así clasificar los castigos disciplinarios según que  
supongan o no una cierta restricción de libertad.

Los dos primeros castigos --advertencia y amonestación--  
no tienen ninguna incidencia sobre la libertad de ir y venir de los  
militares castigados. Los otros tres implican trabas a esta libertad,  
variando de uno a otro la extensión de las restricciones de la  
libertad.

Los nuevos castigos disciplinarios son, a este respecto, mucho  
menos severos que los que estaban en vigor hasta principio de  
1975. Las modificaciones aportadas al sistema disciplinario pare-  
cen inspiradas por la legislación francesa.

Como en Francia, las sanciones disciplinarias belgas pueden quedar agrupadas en tres sectores:

- los castigos restrictivos de libertad, a saber: la prevención, los arrestos simples y los arrestos rigurosos;
- los castigos no restrictivos de libertad, a saber, la amonestación y la represión. Se les puede también llamar “sanciones morales”, como se hace para las sanciones disciplinarias de los agentes de la función pública;
- las medidas estatutarias de carácter disciplinario.

En Bélgica, como en Francia y en Holanda, la prevención y los arrestos no se consideran como castigos *privativos* de libertad, sino solamente como *restrictivos* de ella. En casi todos los casos, la privación de libertad no es completa, porque el castigado toma parte en el servicio; sin embargo hay la excepción de los arrestos rigurosos, con la posible decisión del Jefe de Cuerpo de no dejar participar al castigado en el servicio normal.

Notemos, en fin, que no existe ningún castigo de carácter pecuniario: ninguna multa, ninguna privación de sueldo o remuneración. La idea de este tipo de sanciones disciplinarias parece haber sido deliberadamente descartada. Existe sin embargo en algunos otros sistemas de derecho disciplinario militar, como por ejemplo en el derecho disciplinario holandés, en que va de 2,50 a 50 florines, aunque en caso de acumulación no pueda pasar de los 100 florines mensuales.

No hay previstas recompensas en la ley de 1975. La Instrucción A 2 ha mantenido en este aspecto algunos artículos tomados del reglamento de disciplina de 1959.

La ley-reglamento de disciplina de 1975 ha definido brevemente los elementos de cada castigo disciplinario. La Instrucción A 2 no añadió nada en este aspecto al texto legal, excepto algunas precisiones acerca de lo que ha de entenderse por servicio de interés moral y sobre el principio y el fin de los castigos.

#### a) *La amonestación*

Se trata de la “llamada al orden que hace un superior al militar que ha quebrantado la disciplina” (art. 23).

En principio, la llamada al orden no se inscribe en la hoja de castigo, ni en el libro de matrícula y de castigos. Sin embargo se inscribe si el militar es castigado de nuevo, antes de su traslado, por el oficial que le ha impuesto este castigo (art. 29, párrafo 1.º).

#### b) *La represión*

La represión es “la reprimenda que da el superior al militar que ha quebrantado la disciplina” (art. 24).

*c) La prevención*

La prevención implica durante la duración del castigo:

- la presencia en la Unidad fuera de las horas normales del servicio;
- la participación en los servicios de interés general;
- la prohibición de permanecer en la cantina, en el fumadero o en otro lugar de esparcimiento.

Este castigo no puede ser aplicado mas que a los milicianos y a los voluntarios que cumplan su primer enganche o reenganche, es decir, dos primeros años de servicio activo en tanto que voluntario.

La duración de una prevención es de cuatro horas; el máximo de prevenciones que pueden ser impuestas en el mismo castigo es el de cuatro. Las cuatro horas de prevención constituyen un conjunto; deben ser continuas a lo largo del tiempo fijado. Deben cumplirse fuera de las horas normales de servicio, por ejemplo de las 18 a las 11 horas, o el domingo de 8 a 12 horas o de 14 a 18 horas; pero no pueden efectuarse mas de una consigna por día los sábados, domingos o días similares.

La noción de “servicios de interés general” —expresión igualmente de origen francés— ha sido precisada en la Instrucción A 2: se trata de servicios efectuados en provecho de la comunidad, tales como arreglo de los locales e instalaciones del cuartel, del campo o acantonamiento, cuidado del material, del equipo, etc...

Se ha introducido este nuevo tipo de castigo disciplinario para permitir “una mejor graduación en los castigos”.

La prevención parece haber sido tomada del derecho disciplinario francés, aunque existe también en el derecho holandés, con una duración de una a dos horas diarias durante ocho días como máximo.

*d) Los arrestos sencillos*

Estos implican durante la duración del castigo, es decir durante ocho horas como máximo:

- la presencia en la Unidad para los milicianos;
- la participación en el servicio normal y los servicios de interés general;
- la prohibición de permanecer en la cantina, en el fumadero o en otro lugar de esparcimiento.

Para los milicianos, el cumplimiento de los arrestos sencillos es similar al de la prevención, pues el miliciano evidentemente no está exento del servicio normal durante el tiempo de la prevención, contrariamente a lo que podría hacer creer el texto legal. Para los demás militares, la presencia en la Unidad no está prevista en el cumplimiento de los arrestos sencillos.

Hay pues una diferencia considerable en el cumplimiento de este castigo según se sea miliciano o militar de cuadros activos. Este último puede volver a su casa como si no estuviese castigado; en realidad, la única sanción que le afecta es la prohibición de permanecer en la cantina, en el fumadero o en otro lugar de esparcimiento. Pero, mientras quede en su casa puede mirar en ella la televisión o recibir amigos como si no estuviese castigado.

El cumplimiento de los arrestos sencillos supone pues una grave alteración del principio de igualdad de todos los militares en materia de sanciones disciplinarias. Además, parece le falta eficacia, lo que puede inclinar a los Jefes de Cuerpo a imponer arrestos rigurosos en casos de que no sean absolutamente necesarios.

#### *e) Los arrestos rigurosos*

Estos implican, durante la duración del castigo, el aislamiento en un local cerrado (art. 27).

De todas maneras, el militar castigado participa en el servicio normal y en los servicios de interés general (mismo citado art. 27). La Instrucción A 2 (art. 39), ha deducido que el aislamiento en un local cerrado no debe tener lugar mas que fuera de las horas normales del servicio.

De todas maneras, el Jefe de Cuerpo puede estimar en casos excepcionales que, el militar castigado no debe o no puede participar en el servicio normal y en los servicios de interés general. En este caso, el militar sancionado debe quedar continuamente aislado en el local cerrado. No puede abandonarlo mas que para tomar su comida en el comedor de su categoría, por razones de higiene o médicas, para participar en una función religiosa, para recibir eventualmente la visita de su familia, de su novia o de su abogado.

Los arrestos rigurosos reemplazan "el castigo de calabozo, juzgado indigno del militar belga", según la Exposición de motivos del proyecto de ley. En realidad reemplazan no solo el calabozo (pena máxima de ocho días), castigo que estaba reservado a los soldados, sino también los arrestos en los calabozos de la policía (máximo 15 días) para los soldados, los arrestos en la prisión militar (máximo 8 días) y los arrestos en la habitación (máximo 15 días) para los suboficiales y cabos; y también los arrestos (máximo 15 días) para los oficiales.

Si este nuevo tipo de castigo constituye un alivio en el cumplimiento de las sanciones restrictivas de libertad para los soldados, cabos y suboficiales, no es lo mismo para los oficiales, pues para ellos la pena es más grave, pues los arrestos anteriores no implicaban un aislamiento en local cerrado. Con su



preocupación de uniformar la naturaleza de los castigos disciplinarios en todos los militares, cualquiera que sea su categoría, el legislador ha agravado la situación de los oficiales.

La duración de los arrestos rigurosos es de uno a cuatro días. Pero puede ser de un máximo de 8 en el caso de concurrir alguna de las dos circunstancias agravatorias previstas por la ley (art. 28):

— Si la transgresión disciplinaria fuese cometida durante el tiempo de duración de una operación armada o de una operación asimilada a ella;

-- En caso de reincidencia

La corta duración del máximo de los arrestos rigurosos es una innovación importante. El poder represivo de las Autoridades militares se ha limitado considerablemente en comparación con la situación anterior.

En la mayor parte de los países extranjeros vecinos de Bélgica, queda mucho más amplio el derecho de castigar que tienen las Autoridades militares. En Francia, pueden ser impuestos hasta 60 días de arrestos rigurosos o de arrestos simples (arts. 80 y 79 del Decreto de 1966). En Holanda, el arresto riguroso no puede pasar de 14 días, no siendo aplicable alguna de sus variedades a los oficiales, mientras que el arresto sufrido puede llegar a 14 días para los oficiales y a 21 para los demás militares. Lo mismo sucede en los derechos disciplinarios militares de Suiza, Italia, Dinamarca (60 días), Suecia, Noruega, la URSS (15 días de arresto riguroso).

Queda por precisar el sentido de dos tipos de circunstancias agravantes que permiten aplicar 8 días de arresto riguroso:

a) Operación armada u operación asimilada a la misma.

La noción de operación armada no está definida en la ley que contiene el Reglamento de disciplina; lo está en el Anteproyecto de Ley que contiene el Código penal militar. Como los textos han sido elaborados casi simultáneamente, el concepto de operación armada se puede explicar, como se hace en la Instrucción A-2, sobre la base de los elementos de la definición contenida en el predicho anteproyecto.

Una unidad, es decir, toda formación organizada que forme parte de las Fuerzas Armadas o esté al servicio de las mismas, se encuentra en operación armada, cuando participa en una operación de combate o de defensa, o desde que está alertada o mandada para tal finalidad. Se trata de una operación real e importante contra un adversario que presente las apariencias de una formación organizada, sin que pueda tratarse pues de ejercicios de maniobras o de auxilio a la población.

Una unidad se encuentra asimilada a una operación armada cuando sea requerida para una actuación encaminada al restablecimiento y al mantenimiento del orden público, o cuando esté alertada o mandada para estos fines. En la Exposición de Motivos del proyecto de ley-reglamento de disciplina se ha precisado también que, por "operación asimilada a operación armada", se apunta "especialmente a las operaciones de mantenimiento del orden por la Gendarmería y otras fuerzas".

b) Reincidencia.

Se trata de una noción especial de la reincidencia que define la propia ley-reglamento de disciplina de 1975, en sus artículos 28, apartados 2 y 3: "Se encuentra en estado de reincidencia el militar que en un plazo de seis meses comete una infracción disciplinaria de la misma naturaleza que aquella por la que ha sido condenado o castigado. Este plazo empieza a contarse desde el día de la notificación definitiva del primer castigo".

*3 — Castigos disciplinarios pronunciados al juzgar un delito del Código Penal militar*

Por aplicación de los arts. 24 y 25 del Código Penal militar, algunos delitos militares pueden ser castigados con "penas disciplinarias". Desde ahora se trata de los castigos disciplinarios previstos por los arts. 22 a 28 de la ley-reglamento de disciplina de 1975.

En virtud del art. 59 del Código penal militar, cuando existan circunstancias atenuantes:

- la destitución podrá ser sustituida por penas disciplinarias, cuyo alcance pueda llegar al quintuplo del máximo fijado por el reglamento de disciplina;
- la prisión militar podrá ser reemplazada por penas disciplinarias, que pueden extenderse al doble del máximo fijado por el reglamento de disciplina.

*4 — Medidas estatutarias de carácter disciplinario*

Las diversas leyes que fijan el estatuto de cada categoría de militares, contienen disposiciones que preveen medidas constitutivas de consecuencia obligatorias o facultativas derivadas de algunas condenas, o de algunos castigos disciplinarios, o incluso al sancionar flatas graves sin haber dado lugar a condena o castigo.

El fin de estas medidas estatutarias es "poner en guardia o castigar al militar de que se trate, con el fin de su enmienda o, en su caso, de su definitivo alejamiento de todo empleo".

Las medidas que tienden al alejamiento temporal o definitivo de cualquier empleo militar o al menos de un determinado destino o categoría, responden al concepto de medidas administrativas propias de un estatuto. Tales son, la suspensión como medida de orden; la no actividad como medida de disciplina, la rescisión del compromiso de enganche o de reenganche, la separación del servicio, el retiro de oficio y también la expulsión del ejército prevista en la ley sobre la milicia.

Pero la distinción entre castigo disciplinario y medida estatutaria de carácter disciplinario no está justificada en todos los casos. Así, algunas medidas disciplinarias presentan analogías con ciertos castigos, por ejemplo, la advertencia, la queja y la amonestación, medidas aplicables a los oficiales de reserva en situación de disponibilidad, la anulación de permisos facultativos y el mantenimiento bajo las armas para los milicianos; la mayor parte de estas medidas son tomadas por la Autoridad militar, en general el Jefe de Cuerpo, mientras que las medidas citadas en el párrafo precedente se toman por el Rey o el ministro de la Defensa Nacional.

Las medidas estatutarias de carácter disciplinario pueden ser objeto de un recurso de nulidad ante el Consejo de Estado, mientras que este recurso no puede interponerse contra una decisión que imponga un castigo disciplinario.

Hubiera sido oportuno, con ocasión de redactar la nueva ley que contiene el reglamento de disciplina, introducir las dichas medidas estatutarias de carácter disciplinario en la misma ley, pues tienen en realidad el carácter de castigos disciplinarios, y así se hubieran uniformado los tipos de medidas para todas las categorías de militares; pero hubiera sido necesario al mismo tiempo, conservar e incluso aumentar las garantías de defensa, habida cuenta de la gravedad de algunas medidas.

### 5 — Expulsión del Ejército

El mantenimiento de la expulsión del Ejército —medida susceptible del recurso de nulidad ante el Consejo de Estado— está justificado por dos argumentos: la autoridad militar debe poder licenciar a los elementos que se muestren incorregibles, indignos, o que hayan sufrido importantes penas de prisión; sin el recurso a la expulsión del Ejército, los objetores de conciencia que rechacen el que les sea aplicado el estatuto legal, tendrían su situación afectada por una ilimitada sucesión de condenas penales.

Un artículo 71 bis, ha sido insertado en las leyes sobre la milicia, de 1962, permitiendo acordar la expulsión de los milicianos en servicio activo y de los militares con licencia ilimitada.

— que se muestran absolutamente incorregibles e indignos de formar parte del Ejército;

que hayan sido condenados a una o varias penas de las previstas en el art. 15. párrafo, 1.º, apartado 2.º, 3.º y 4.º de las leyes sobre la milicia.

Las condiciones para la expulsión del Ejército se han convertido en más rigurosas porque antes, la expulsión podía acordarse tanto por incorregibilidad como por indignidad, siendo actualmente precisa la reunión de las dos condiciones: mostrarse absolutamente incorregible y ser indigno de formar parte del Ejército.

Tal es el caso, según la Instrucción A-II, del miliciano que ha sido objeto de una o de varias condenas o castigos, por hechos que indiquen claramente la imposibilidad de corregirle y entrañen la indignidad de servir en el Ejército". En principio, la expulsión será acordada después de dos años de actividad en el servicio, comprendiendo en ellos el tiempo eventualmente pasado en cumplir una condena o un castigo. Es así que, los objetores de conciencia que no soliciten la aplicación del estatuto legal y se dejen condenar por delito de insubordinación ("estos son actualmente todos los Testigos de Jehová"), son expulsados del Ejército después de haber cumplido dos años de prisión militar.

La ley sobre la milicia no puntualiza bien quien acuerda la expulsión del Ejército. En virtud de la Instrucción A 2, es el Ministro de la Defensa Nacional; en algunos casos, el Jefe de Cuerpo (A2, art. 132, apartado 2, 3 y 4).

#### 6 *La suspensión de sanción en materias disciplinarias*

La ley-reglamento de disciplina de 14 de Enero de 1975 prevé (art. 39, apartado 1) que, "la autoridad investida del derecho de castigar tiene la facultad de conceder una suspensión de cumplimiento para los castigos que impone". Pero la ley no precisa las condiciones de la gracia ni los efectos de esta suspensión confía al Rey la tarea de determinarlos (art. 39, apartado 2).

Las condiciones de la gracia de suspensión varían según el estatuto del militar: los milicianos pueden beneficiarse de la suspensión si no les ha sido impuesto un castigo desde los últimos seis meses; para los demás militares el plazo es de 12 meses. Si su tiempo de servicio es inferior a este plazo de 6 o 12 meses, se sobreentiende que basta que no hayan sido castigados desde su incorporación al servicio.

Los efectos de esta medida son la suspensión del cumplimiento del castigo durante un plazo de prueba fijado por la autoridad militar que lo impone. Este plazo es de 6 meses como mínimo y de cinco años como máximo; siendo independiente del tiempo de servicio que pueda faltar para cumplirlo.

La suspensión se revoca si durante tal plazo se castiga al militar o si es condenado como autor de un delito que afecta *directamente a la disciplina*, bien esté previsto en el Código Penal militar o en cualquier otra disposición legal.

La suspensión solo es aplicable a los castigos disciplinarios, es decir, a aquellos previstos en el art. 22 de la Ley-reglamento de disciplina. No es, pues, aplicable a las medidas estatutarias que tengan carácter disciplinario.

Sin embargo, medidas similares previstas por el Código Penal militar como pena accesoria pueden ser acordadas con el beneficio de la suspensión. Así es en el caso de condena de acuerdo con el art. 54 del Código Penal militar: si el culpable es oficial, es destituido; si es suboficial, u otros empleos intermedios, es privado de su categoría. Destitución y privación de categoría pueden sin embargo ser acordadas con el beneficio de la suspensión.

#### 7 *La invalidación de las anotaciones de castigo*

a) Las condiciones de la cancelación son las siguientes:

no haber sufrido ningún castigo por una falta disciplinaria ni ninguna pena por un delito militar;

durante un período cuya duración se fija por el Rey, y es el de:

-- ocho años para los castigos mayores,

-- cinco años para los castigos menores.

El tiempo de prueba se reduce respectivamente a cinco y a tres años para los miembros del personal de vuelo de las fuerzas aéreas, que como mínimo totalice cinco años de servicio activo.

b) Los efectos de la cancelación de los castigos disciplinarios consisten en la supresión de toda mención del castigo en la documentación militar correspondiente.

### IV · PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR

Nos limitaremos a resumir brevemente las principales innovaciones que conciernen al procedimiento disciplinario.

#### 1 -- *Autoridades investidas del derecho de corregir*

En este terreno ha habido cambios importantes en cuanto a restringir el número de autoridades investidas del derecho a infligir castigos disciplinarios. El derecho de castigar no se atribuye mas que a la autoridad que está en directa relación con el subordinado. Como dice el Ministro de la Defensa Nacional en la Exposición de motivos, esta autoridad "es, en efecto, la mejor situada para juzgar adecuadamente, no solo en función del acto cometido sino también teniendo en cuenta todas las circunstancias que han podido influenciar el comportamiento del autor".

La Instrucción A 2 contiene un considerable número de artículos (arts. 63 a 74), dando instrucciones o consejos a las autoridades investidas del derecho de castigar: firmeza, moderación, represión progresiva, tener en cuenta la personalidad del militar, motivación de la decisión, etc...

Actualmente se pueden distinguir la competencia ordinaria y los casos de competencia extraordinaria. En el primer caso, el derecho de castigar es general o limitado a los castigos menores.

a) Competencia ordinaria.

Normalmente, el Jefe de Cuerpo es la autoridad competente para imponer castigos disciplinarios, es decir, "el superior que ejerce las facultades de Jefe de Cuerpo con respecto al militar de que se trate" (art. 31, parágrafo 1). El Jefe de Cuerpo es, lo mas a menudo, un Teniente Coronel o un Comandante, pudiendo tener un grado menos elevado.

La ley prevé dos excepciones:

- el Jefe de Unidad (generalmente un Capitán) puede imponer castigos menores (art. 31, parágrafo 2);
- el Jefe de Cuerpo puede delegar toda o parte de su facultad de corregir en el oficial Comandante de un destacamento o puesto aislado (art. 32, parágrafo 1, apartado 2).

Se trata en todos los casos, del superior funcional y no del superior jerárquico (art. 30, apartado 1). Si el superior funcional es de un grado inferior o tiene menos antigüedad en el grado que el militar que ha cometido la infracción disciplinaria (por ejemplo, Comandante de aeronave con grado de Capitán, respecto de un pasajero con grado de Coronel), éste superior funcional debe remitir el caso a aquel de sus superiores que tenga categoría mayor que la del autor de la infracción (art. 30, apartado 2).

b) Competencia extraordinaria:

- respecto de un oficial General, el derecho de castigar se ejerce por una comisión de disciplina compuesta de tres Tenientes Generales destinados por sorteo. El Auditor General es adjunto de esta Comisión en concepto de Consejero (art. 34),
- con respecto a los militares que hayan cumplido su servicio militar pero no tengan la licencia ilimitada, el derecho de castigar se ejerce por los Comandantes territoriales (art. 33);
- con respecto a los oficiales (sin categoría de General) que no dependan de ningún superior, el derecho de castigar se ejerce por el oficial General más antiguo perteneciente a la misma Fuerza que el oficial que se trate (art. 35);
- con respecto a los oficiales médicos, farmacéuticos, dentistas o veterinarios, el derecho de corregir las faltas de carácter profesional y las faltas de carácter disciplinario conexas, se ejerce por la autoridad jerárquica técnica inmediatamente superior (art. 36).

## c) Derecho de reserva:

Todo Jefe jerárquico tiene el derecho de reservar la intervención en un asunto que sea de la competencia de uno de sus subordinados. Este derecho de reserva se justifica, según la Exposición de motivos de la ley-reglamento de disciplina, "por el hecho de que todo Jefe militar tiene la responsabilidad de mantener el orden y la disciplina, garantía de eficacia y de rendimiento en sus Unidades subordinadas".

El derecho de reservarse el caso pertenece al superior de aquel que ha impuesto el castigo. Tal superior puede, después de haber pedido parecer de éste oficial.

- anular el castigo;
- suspender su ejecución,
- modificar el castigo o su motivación, sin agravarlo:
- agravar el castigo, pero solo después de haber escuchado al militar castigado, si quiere agravar un castigo menor convirtiéndolo en un castigo mayor, debe previamente recoger el parecer de un consejo de disciplina.

El superior no tiene este derecho de reserva si hubiese apelación (art. 32). Esta disposición limita especialmente tal derecho. Algunos castigados, ¿no apelarán con la sola finalidad de yugular el derecho de reconsiderar el caso que tiene el superior?.

2 — *Sometimiento a vigilancia*

Aunque los arrestos disciplinarios pueden ser impuestos por todo superior, oficial o no, a un subordinado y pueden ser mantenidos sin limitación de tiempo, la nueva ley-reglamento de disciplina no permite mas que un sometimiento a vigilancia por un máximo de 24 horas, y no atribuye el derecho de imponerlo mas que al Jefe de Cuerpo o a "un delegado, asegurando la permanencia del mando" (art. 41), por ejemplo el oficial de guardia o el oficial de semana.

Ahora solo subsiste éste régimen de sometimiento a vigilancia como sistema de detención preventiva disciplinaria.

Esta restricción de libertad puede ser ordenada si el militar ha:

- cometido un delito;
- cometido una falta disciplinaria grave, y que la medida esté requerida por las necesidades de la indagación o del mantenimiento del orden.

La medida puede, pues, estar ordenada para preservar, mantener o restablecer la tranquilidad, la seguridad y la disciplina en el medio militar. Sin embargo, no puede exceder de 24 horas.

La ley-reglamento de disciplina no precisa qué es lo que se entiende por "sometimiento a vigilancia dentro de la Unidad". La Instrucción A 2 (art. 54, d) ha debido desde luego interpretar,

la voluntad del legislador. El militar puesto bajo control está: — bien, obligado a no abandonar su Unidad o su habitación, según las circunstancias y teniendo en cuenta la finalidad de la medida, — bien, aislado en un local cerrado, si constituye un peligro especialmente grave para el buen orden y la disciplina. El aislamiento en local al efecto, supone que el militar no participa en el servicio normal ni en los servicios de orden general y que sus comidas le son proporcionadas.

Al ordenar la medida, el oficial debe precisar la extensión de la vigilancia. Siendo evidente que el sometimiento a ese control no ha sido concebido mas que para los militares que se encuentren en su Unidad, bajo autoridad inmediata de sus jefes, especialmente del Jefe de su Cuerpo.

Esta vigilancia en la Unidad puede ser ordenada al militar que haya cometido un delito, y a fin de ponerlo a disposición de las autoridades judiciales. En caso de infracción grave y de que la autoridad militar esté insuficientemente armada para evitar la evasión del militar arrestado, deberá llamar urgentemente a la gendarmería o a la policía que disponga de medios más adecuados para asegurar la detención preventiva previa al envío a la autoridad judicial. E inversamente, cuando la Gendarmería no disponga de locales adecuados —lo que puede suceder en algunos destacamentos policiales en el extranjero—, puede llegar a requerir a la autoridad militar para que custodie a un militar arrestado por ella en un local de prevención, de los a que nos venimos refiriendo.

### 3 *Procedimiento disciplinario en primera instancia y en apelación*

La ley-reglamento de disciplina de 14 de Enero de 1975 encarga al Rey de regular el procedimiento disciplinario (art. 38). Ya hemos recordado que el real decreto de 4 de Febrero de 1972 reguló esta materia y que provisionalmente se mantiene en vigor. No hay nada nuevo que añadir a la exposición hecha por I. Roggen en su trabajo "La rénovation de la répression disciplinaire militaire en Belgique". Rev. dr. pén., 1971-72, pags. 933-984.

Resumimos aquí brevemente las fases principales de este procedimiento, en el que son de lamentar algunas poco útiles complicaciones, pero del que sin embargo se debe afirmar que constituye un gran progreso en el sentido de garantizar mejor los derechos de la defensa. Parece que no hay ningún otro procedimiento que en materia disciplinaria esté organizado legalmente de una manera tan detallada.

a) Procedimiento en primera instancia:

El superior que advierta una transgresión disciplinaria debe redactar, en dos ejemplares, un atestado.



— Un ejemplar se remite a la primera autoridad que esté investida del derecho de castigar y que lo mas frecuente es que sea el Jefe de la Unidad.

— El otro ejemplar se remite al militar contra el cual se instruye el atestado. Dicho militar dispone de 6 horas como mínimo para preparar sus medios de defensa.

La autoridad investida del derecho de castigar procede, o hace proceder, a llevar a cabo todo lo que sea verdaderamente útil para el esclarecimiento de la verdad.

— El militar comparece personalmente y presenta su defensa por si mismo (con excepción de algunas reglas peculiares de la Gendarmería).

— Si el Jefe de Unidad cree que no debe imponer sino castigos menores, decide por si mismo; si estima que se impone una sanción mayor, somete el caso al Jefe del Cuerpo.

— El Jefe de Cuerpo no puede imponer un correctivo mayor sino después de haber escuchado el parecer de un consejo de disciplina, compuesto por tres miembros, el tercero de los cuales es un militar de la misma categoría que el inculpado, quien puede hacerse asistir por un abogado.

El consejo de disciplina se pronuncia sobre dos cuestiones: ¿están probados los hechos?, ¿son graves?.

— El Jefe de Cuerpo debe escuchar luego al militar de que se trate, quien no puede en esta fase del procedimiento ser asistido por su abogado.

b) Procedimiento de apelación:

— Puede ser interpuesta una primera apelación por el militar ante la autoridad militar inmediatamente superior a la que le ha castigado.

— Puede ser llevada a cabo una segunda apelación cerca de la autoridad superior a la que ha resuelto sobre la primera apelación. La decisión que entonces se adopte constituye una última instancia.

— En caso de segunda apelación contra un castigo mayor, el oficial competente debe consultar antes con un consejo de disciplina de apelación.

— Este consejo está compuesto por un presidente y dos comisarios (designados por sorteo) que solo tienen voz deliberante, y además por un consejero que es un magistrado militar designado por el Auditor General. El consejero dá su parecer al presidente y a los miembros de este consejo de disciplina de apelación, participando en los debates y en la deliberación, pero sin tomar parte en las votaciones. Su presencia en el seno del consejo ofrece una garantía suplementaria al militar de que se trata en cuanto a la legalidad y a la regularidad del procedimiento seguido.

— En los procedimientos de primera y segunda apelación, el militar castigado puede ser asistido por un militar que elija; ante el consejo de disciplina de apelación puede hacerse asistir también por un abogado.

#### 4 — *Prescripción del derecho de castigar*

a) La nueva ley conteniendo el reglamento de disciplina ha introducido la prescripción de la acción disciplinaria; en virtud de su art. 42, “el derecho de aplicar un castigo disciplinario prescribe un año después de la falta”. Pues es, en efecto, inútil “para la sociedad militar perseguir hechos, sin duda reprobables, pero perpetrados desde hace un tiempo relativamente largo”.

b) La prescripción de la acción disciplinaria se interrumpe “por todo acto de procedimiento disciplinario o judicial que haya sido llevado a cabo en el plazo de un año”.

c) “La prescripción se suspende cuando el militar de que se trate esté separado del Ejército” (art. 42, apartado 3).

d) Las medidas estatutarias de carácter disciplinario no están sometidas al régimen de prescripción.

e) La prescripción a que nos referimos no es aplicable en materia penal. Los castigos disciplinarios de esta clase, es decir las penas previstas en los arts. 24, 25 y 29 del Código Penal militar tienen el carácter de penas correccionales. Les es, pues, de aplicación la acción pública correspondiente al delito.

## V. ACCION DISCIPLINARIA Y ACCION PENAL

### 1 — *Independencia de las dos acciones*

Las relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria son un semillero de problemas que pueden interesar al penalista. De un modo general, puede decirse que la acción disciplinaria es completamente distinta de la acción penal.

La acción penal tiende a reprimir los quebrantamientos producidos al orden público social. Sirve al interés general público, se ejerce en el cuadro de las instituciones judiciales del Estado y se pone en movimiento por el Ministerio Público.

La acción disciplinaria tiende a reprimir los quebrantamientos producidos en el orden interno de un grupo social no estatal. Sirve al interés particular del grupo en el sentido de que trata de asegurar el correcto cumplimiento por sus miembros de las funciones que tengan encomendadas para llevar a cabo la finalidad del grupo. Está movida en la mayor parte de los casos por aquél o aquéllos que ejercen autoridad en el grupo (el Jefe de la oficina, el de la empresa, el Jefe de Cuerpo, etc.) y que generalmente están investidos del derecho de castigar.

Generalmente y al menos en apariencia, el fin de estas dos acciones era diferente, habiéndose concluido desde el principio del siglo XIX que las dos acciones eran completamente independientes la una de la otra. Ese principio fué inscrito especialmente en el nuevo Código procesal de 1967 (art. 467), a propósito de la acción disciplinaria de los miembros de la administración de Justicia. En virtud de este principio la decisión judicial queda sin incidencia sobre la acción disciplinaria y la decisión de la autoridad disciplinaria no tiene efecto sobre la autoridad penal. Las dos acciones pueden ser seguidas simultáneamente, la una no entorpece a la otra.

## 2 — Límites de la independencia de las dos acciones en la esfera militar

El principio de la independencia de las acciones penal y disciplinaria estaba inscrito en el reglamento de disciplina (art. 349 del de 1959) donde allí se leía, "al situarse sobre planos distintos, la represión de la falta no puede ser principio, ni prohibir ni obstaculizar el castigo del delito y viceversa".

La completa independencia de las dos acciones obedecía pues a decisiones que parecían injustas, especialmente la doble sanción de la misma falta o de faltas de doble carácter o incluso el castigo disciplinario luego de una absolución en lo penal. Además, la completa independencia de las dos acciones desconocía el carácter específico de los sistemas respectivos dentro del grupo social militar entre la acción penal de derecho común y la acción disciplinaria propia del estatuto de cada categoría de militares, se sitúa la acción penal militar ejercida por el Auditor General y los auditores militares y, así mismo, la acción disciplinaria militar general ejercida por los Jefes de Cuerpo y los Jefes de Unidad.

Un más profundo análisis de la cuestión de las diversas acciones penales y disciplinarias concernientes a los militares, y también la preocupación de evitar todo sentimiento de injusticia en el castigo disciplinario, han empujado al legislador a introducir interesantes innovaciones en las relaciones entre las dos acciones.

Podemos resumirlas en tres principios:

a) *la autoridad militar no puede castigar disciplinariamente en razón de un delito de la ley penal, cometido por un militar, excepto que la autoridad judicial competente haya devuelto al inculpado militar a su Jefe de Cuerpo para que pueda ser disciplinariamente castigado.*

b) *Ningún castigo disciplinario puede ser impuesto a un militar por hechos idénticos a aquellos por los cuales fué condenado por las jurisdicciones penales, aunque estos hechos constituyan igualmente una falta disciplinaria.*

c) *Ningún castigo disciplinario puede ser impuesto a un militar cuando haya sido declarado no culpable de los hechos que le fueron reprochados.*

### 3 · *No intervención de las autoridades militares en la represión de los delitos*

La autoridad judicial —civil o militar— es la única competente para decidir sobre el castigo de los delitos. Este principio está recordado en el art. 107 (a) de la Instrucción A 2, reproduciendo la idea expresada en el anterior reglamento de disciplina militar: “está prohibido castigar disciplinariamente infracciones que sean de la competencia exclusiva de los Consejos de Guerra o de los Tribunales civiles de lo penal”.

La autoridad militar solo interviene en este terreno mediante la denuncia obligatoria de los delitos que lleguen a su conocimiento; no puede dar órdenes a los auditores militares ni de persecución ni de sobreseimiento de las pesquisas; paralelamente, no interviene en la ejecución de las penas.

La nueva Instrucción A 2, constitutiva del reglamento de disciplina, es mas precisa que el antiguo reglamento al decir que la autoridad judicial es la única competente, no solo para el castigo de los delitos llamados “penales simples”, sino también para las “faltas de doble carácter” (supra). La extensión del principio a las faltas de doble carácter deriva del deseo del legislador de evitar que un militar sea castigado dos veces por el mismo hecho. Si hay una falta de doble carácter, la condena del autor del delito que puede comprender la falta, impide legalmente el castigo disciplinario de la falta no delictiva.

Pero es preciso acordarse de que la autoridad militar puede sancionar disciplinariamente los tres delitos disciplinarios contemplados en el art. 21, parágrafo 2 de la nueva ley, y a los que ya nos referimos anteriormente.

### 4 · *Reenvío a la disciplina del Cuerpo*

La ley ha previsto una importante excepción al principio analizado en el parágrafo precedente: permite a las autoridades judiciales, de casi todos los niveles, devolver al inculpado militar que ha cometido “un delito que parece presentar poca gravedad”, a su Jefe de Cuerpo para que sea castigado disciplinariamente. Las autoridades judiciales pueden así “disciplinarizar” infracciones de las leyes penales.

Esta posibilidad de devolución a la disciplina del Cuerpo no es una novedad. El art. 24 del Código de Procedimiento penal militar de 15 de Junio de 1899, permitía al “Ministerio Público actuante en un tribunal ordinario, en la Cámara del Consejo o al juez encargado de la persecución de una contravención, devolver

al inculcado militar a su Jefe de Cuerpo para que sea disciplinariamente castigado”.

Esta facultad no estaba pues concedida sino a la jurisdicción ordinaria y no a la jurisdicción militar, y únicamente para las contravenciones.

El legislador de 1975 ha dado a la jurisdicción militar la posibilidad de devolver a la disciplina del Cuerpo, que antes tenía ya la jurisdicción ordinaria. La Exposición de motivos precisa que el nuevo art. 24 del Código de 1899 “permite al Auditor General y al Auditor militar o a la Comisión judicial del tribunal militar o del Consejo de Guerra, sobreseer algunos asuntos y transferirlos a la autoridad militar para la aplicación eventual de un castigo disciplinario”. Se añade que, “este procedimiento se parece al derecho de amonestación de que está investido el Ministerio Público en algunos casos especiales, cuando se considera inoportuno la persecución de los hechos ante las jurisdicciones judiciales”.

La devolución a la disciplina del Cuerpo queda organizada actualmente de la siguiente manera:

a) *Toda autoridad judicial encargada de la persecución de un delito puede decidir la devolución del inculcado militar a su Jefe de Cuerpo.*

b) La decisión puede ser tomada respecto de cualquier delito que parezca *presentar poca gravedad*. El alcance de la facultad de devolución a la disciplina del Cuerpo es pues considerable: mientras que el texto del Código de 1899 no la preveía mas que para las contravenciones (y por consiguiente nunca para los delitos militares), esta facultad se extiende actualmente a los delitos, incluso a aquellos con categoría de “crímenes”;

c) La decisión conduce a una devolución del inculcado militar “*a su Jefe de Cuerpo para que sea castigado disciplinariamente*”. Tomada a la letra, esta expresión implicaría que el Jefe de Cuerpo está obligado a castigar, pudiendo determinar la cuantía de la sanción. El antiguo reglamento de disciplina había afirmado sin embargo lo contrario: “la autoridad militar queda absolutamente libre en su actuación”. La nueva Instrucción A 2 no reproduce esta afirmación, que sin embargo parece conforme a la voluntad del legislador, pues en la Exposición de motivos del proyecto de ley, ha precisado que se trata de una devolución “con vistas a la aplicación *eventual* de un castigo disciplinario”.

##### 5 - “*Non bis in idem*”

Una de las principales innovaciones de la ley que contiene el nuevo reglamento de disciplina es la enunciación del principio de que un militar no puede ser castigado dos veces por el mismo hecho: una vez penalmente y otra vez disciplinariamente. Es una

verdadera innovación, pues sucedía con frecuencia que el militar era realmente castigado dos veces por el mismo hecho, bien en base a tal hecho en sí, bien en base a circunstancias accesorias apreciables en el delito y en la falta. Por ejemplo, un hurto en dormitorio de tropa (delito) si ha sido cometido ausentándose de un servicio determinado (falta); una deserción (delito) habiendo empezado por la escalada de las tapias del cuartel (falta); etc.. Por entonces, el antiguo reglamento de disciplina precisaba que, para las faltas de doble carácter “la decisión adoptada en ejercicio de la acción pública no constituía cosa juzgada respecto de la acción disciplinaria” y que, “cualquiera que fuese la decisión tomada por la autoridad judicial, pertenece a la autoridad militar decidir sobre el camino a seguir desde el punto de vista exclusivamente disciplinario”.

El art. 43 de la ley que contiene el nuevo reglamento de disciplina prohíbe castigar disciplinariamente a un militar por hechos idénticos a aquellos por los cuales haya sido condenado en el terreno de lo penal, incluso aunque estos hechos constituyan igualmente una falta disciplinaria. Por consiguiente, tal como lo enuncia el art. 107, d, de la Instrucción A 2, para las faltas de doble carácter, “ningún castigo disciplinario puede ser impuesto después de una condena penal”. Aquella no puede tener lugar, “mientras la acción penal no haya terminado”.

La aplicación de este principio no será siempre cómoda. Por supuesto que todas las circunstancias que hayan rodeado la comisión de la falta y que, en sí mismas constituirían faltas disciplinarias no pueden ser disciplinariamente reprimidas tras una condena penal. La Instrucción A 2 cita, entre otros ejemplos de faltas de doble carácter, la pelea en uniforme; si el militar ha sido condenado como autor de golpes intencionalmente originados, no podrá ser castigado disciplinariamente por el hecho de haber atentado a la dignidad de su función peleándose vestido de uniforme. Otro ejemplo, un militar malversa sumas confiadas bajo su custodia y esconde su acción mediante una mala llevanza de documentos contables; una condena por la malversación impedirá el castigo disciplinario como autor de errores en la contabilidad.

Pero el problema es más difícil en caso de faltas conexas. En efecto, hechos constitutivos de faltas disciplinarias pueden ser cometidos mas o menos en el mismo tiempo que el delito, sin que sin embargo constituyan uno de esos elementos o una de las circunstancias accesorias. ¿Se trata de “hechos idénticos”? Aparentemente no y el castigo disciplinario es posible. La Instrucción A 2 insiste sin embargo (art. 108, a) en que debe de

tratarse de hechos “muy distintos de los penalmente sancionados”.

La suspensión de pronunciamiento condenatorio es así mismo obstáculo para la acción disciplinaria contra el autor de los mismos hechos. Pero esto no impide el examen de la oportunidad de adoptar medidas estatutarias de carácter disciplinario (id. art. 112). Estas medidas, tales como la disponibilidad como medida disciplinaria, la rescisión del compromiso o la destitución, pueden sin embargo ser contrarias a la voluntad de los jueces que hayan decidido la suspensión del pronunciamiento. El interés de las fuerzas armadas, muy especialmente de la Gendarmería, de no conservar en su seno elementos que no merezcan enteramente la confianza que implican sus funciones, parece en todo caso superior al interés personal del inculcado.

#### *6 - Decisiones judiciales de no culpabilidad*

“Ningún castigo disciplinario puede imponerse a un militar cuando por las jurisdicciones penales haya sido declarado no culpable de los hechos que le fueron reprochados” (art. 43, 2.º). La ley que contiene el reglamento de disciplina prohíbe, pues, castigar disciplinariamente hechos por los cuales ha sido absuelto el militar inculcado; sucede lo mismo si se ha beneficiado de una decisión de “no ha lugar” o de otra de no continuar el caso.

El fin perseguido por el legislador consiste, de una parte en que un militar no puede ser castigado dos veces por los mismos hechos y, de otra parte, la decisión de inculpabilidad dada por una jurisdicción penal debe obligar a la autoridad disciplinaria militar. La autoridad de la cosa juzgada debe respetarse. La independencia de las dos acciones —penal y disciplinaria— no puede autorizar a la autoridad disciplinaria para que sancione un hecho que la autoridad judicial ha estimado como no establecido.

La determinación de retirada de acusación, adoptada por el Ministerio público, especialmente por el Fiscal del Reino o el Auditor militar, no tiene el efecto de una decisión judicial de no culpabilidad. En este caso, la autoridad militar puede usar “con toda libertad de su derecho de castigar”, según lo afirma la Instrucción A 2 (art. 114). Sucede frecuentemente que el Auditor militar determina en algún caso que le haya sido sometido que los hechos no parecen requerir el envío del inculcado ante el Consejo de Guerra; entonces, el Auditor militar envía los antecedentes a la autoridad militar a los fines disciplinarios que correspondan, en base al art. 24 del Código de Procedimiento penal militar.

La decisión de no culpabilidad no impide a la autoridad disciplinaria militar examinar la procedencia de un castigo disciplinario, que puede estar justificado —y es necesario— al menos

en los dos casos contemplados en el art. 113 de la Instrucción A 2.

a) la decisión de no culpabilidad puede haber estado motivada por que no aparecía probado alguno de los elementos del delito, elemento, que sin embargo no esté requerido para que el mismo hecho pueda constituir una falta disciplinaria.

El ejemplo más típico es la deserción: si un militar es absuelto porque el plazo de gracia (3, 8 o 15 días, según los casos observados en los arts. 43 y siguientes) no había expirado en el momento de ser capturado, la falta disciplinaria de ausencia ilegal —que no exige dicha duración— puede ser castigada en la vía disciplinaria.

Otro ejemplo: si en materia de insubordinación se retira la acusación porque la inobediencia no fué debida a una expresa voluntad del militar sino a ligereza o inadvertencia, continua siendo posible el castigo disciplinario.

Ejemplos similares podrían citarse respecto de la mayor parte de los delitos a los que corresponden faltas disciplinarias si falta uno de los elementos materiales o intencionales del delito. Es por ello de un gran interés, motivar con mucha precisión las decisiones judiciales de no culpabilidad. La autoridad disciplinaria ofrecerá en la motivación los datos indispensables para una aplicación adecuada del artículo 43 de la ley-reglamento de disciplina. Llegado el caso, por el Ministerio Público o la defensa será llamada la atención de las autoridades judiciales sobre este aspecto.

b) La decisión de no culpabilidad no puede impedir a la autoridad militar sancionar disciplinariamente las faltas de esta clase que sean *netamente distintas* de los hechos que han dado lugar a las instancias penales y a la decisión judicial. Se encuentra entonces, en un caso similar al que ha sido mas arriba analizado, a propósito de la regla "non bis in idem": la acción disciplinaria sigue siendo posible cuando los hechos calificados como faltas disciplinarias no son "idénticos" a aquellos que son calificados como "delitos".

Citemos dos ejemplos:

— Un militar roba un vehículo y provoca un accidente con el vehículo robado; se le condena como autor de lesiones involuntarias y se le absuelve como autor de hurto de uso; no puede ser castigado disciplinariamente como autor de haber utilizado indebidamente un vehículo militar;

— Otro militar utiliza, fuera del servicio que tenga ordenado, el vehículo que habitualmente conducía y provoca un accidente; no se le persigue como autor de hurto de uso y es absuelto como autor de lesiones causadas involuntariamente; puede ser corregido disciplinariamente por empleo antireglamentario del vehículo militar que le ha sido confiado.



## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Ciertamente es todavía demasiado pronto para medir los efectos de la nueva ley que contiene el reglamento de disciplina. A las impresiones pesimistas de unos, temiendo un relajamiento de la disciplina en el seno de las fuerzas armadas y por consiguiente una disminución de su eficacia, se oponen las impresiones optimistas de otros, insistiendo sobre la necesaria adaptación de la vida militar a las concepciones políticas y sociales de nuestro tiempo y sobre la indispensable cooperación espontánea entre los militares de todos los grados a causa de la creciente tecnificación de las funciones.

Las estadísticas podrían ser un medio de apreciar los cambios acaecidos en la represión disciplinaria. Pero en este terreno, tan directamente afectante a la defensa nacional, se imponen reservas y una mayor perspectiva.

Bajo el ángulo cuantitativo, parece sin embargo que el nuevo reglamento de disciplina apenas ha aportado grandes cambios. Incluso teniendo en cuenta los problemas propios de los jóvenes voluntarios, el número de castigos mayores no parece haber disminuído ni tampoco en un próximo futuro. ¿No sería una de las razones la demasiado limitada gama de castigos disciplinarios y sobre todo la falta de eficacia de los arrestos sencillos?

Desde el punto de vista cualitativo, la nueva ley ha introducido indudablemente felices mejoras en el sistema disciplinario represivo dentro de las fuerzas armadas. Con respecto a los otros derechos disciplinarios, incluso con respecto al de los magistrados y al de los funcionarios públicos, el derecho disciplinario militar está mejor reglamentado, las transgresiones están mejor simplificadas y el procedimiento mejor organizado. Ciertamente, que el militar —sea miliciano o militar de cuadro activo— queda sometido a un régimen disciplinario doble, igual que también está sometido a un doble derecho penal; hemos explicado ya esta situación especial y excepcional en base a la propia razón de ser de la institución militar: la defensa de la nación con peligro de su vida.

La reforma legislativa no ha terminado en estas materias. Queda por elaborar un nuevo real decreto que, en el terreno del procedimiento disciplinario, reemplace al de 4 de Febrero de 1972. Son posibles mejoras en este terreno, especialmente en la dirección de simplificar el procedimiento y de ofrecer mejores garantías para la defensa de los inculpados. Queda por esperar una rápida aprobación del proyecto del Código penal militar, especialmente para asegurar una mayor igualdad en la represión para todos los militares, cualquiera que sea su graduación. Queda

JOHN GILISSEN

por reflexionar acerca de los temas de la organización judicial militar y del procedimiento penal militar, trabajos que están en curso.

Agradecemos vivamente a la Unión belga-luxemburguesa de derecho penal el habernos dado ocasión de exponer un problema propio de la represión de la delincuencia penal y disciplinaria de los militares. Esperemos que los esfuerzos hechos para mejorar la legislación en este terreno, susciten un creciente interés de los penalistas y de los criminólogos por esta materia.