

## Notas

# RELACIONES ENTRE ACCION PENAL Y ACCION DISCIPLINARIA Y LIMITE RESPECTIVO DE LAS DOS ACCIONES

## Exposición sobre el DERECHO PENAL MILITAR DEL BRASIL

por Mario Tibúrcio GOMES CARNEIRO  
Ministro, Juez Honorario del Tribunal  
Militar Superior

La Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, recientemente fundada y, sin embargo, célebre ya por su actividad cultural, tiene el honor de ser la primera que ha logrado reunir en este Congreso Internacional de Bruselas, sin objetivos oficiales ni políticos, a los representantes de la Justicia militar y juristas de varios países de dos continentes —Europa y América—, con el fin de estudiar importantes problemas jurídicos, abriendo así nuevos horizontes al Derecho penal militar.

Ciertamente, el Gobierno de los Estados Unidos invitó oficialmente durante la pasada guerra a los representantes de la Justicia militar de los países de América a una conferencia que tuvo lugar en Chicago, en 1945, y en el curso de la cual fué expuesto el funcionamiento de la Justicia militar americana, entonces en actividad en el teatro de operaciones en las más apartadas regiones del globo, reunión de la que salieron interesantes trabajos jurídicos publicados en lengua española bajo el título: *Conferencia de Derecho militar*.

Es igualmente cierto que en otras épocas, antes y después de 1945, hubo en Alemania, en Italia, en Suiza y en Brasil, conferencias y congresos internos que se reunieron para el estudio de cuestiones de Derecho penal militar; pero estos congresos y estas conferencias estaban organizados por los poderes públicos y resultó siempre difícil obtener informaciones sobre sus resultados, si exceptuamos la reunión realizada el pasado año en el Brasil, cuya documentación aportó a este Congreso.

Es, por lo tanto, el Congreso Internacional de Bruselas, proyectado y realizado por una sociedad privada, sin misión oficial ni mandato político, el primero en la historia de estas reuniones en el que se congregan especialistas de una rama jurídica abandonada, procedentes de diversos países de los dos Continentes, a fin de examinar en común sus legislaciones respectivas en relación con dos puntos determinados que por su simple enunciado indican una nueva orientación en el ámbito del Derecho penal militar.

El Congreso Internacional de Bruselas señala para mí el inicio de un movimiento de renovación del Derecho penal militar por la revelación que se hace implícitamente en su programa, de la clasificación del Derecho disciplinario militar incorporado al Derecho penal militar, concepto que tendrá, naturalmente, consecuencias en su codificación y cuya importancia se manifiesta por el tema que ha sido considerado como principal para este Congreso, en el que se trata de buscar cuáles son las relaciones entre acción penal y acción disciplinaria así como sus límites respectivos, todo ello bien entendido dentro de la esfera del Derecho penal militar.

No menos interesante es el segundo tema, cuya finalidad es enunciar los problemas penales que la cooperación militar internacional engendra necesariamente, indicador del nacimiento de una nueva rama del Derecho militar. Cualquiera de los dos temas nos descubre, indudablemente, nuevos horizontes.

En el enunciado del tema principal creo poder interpretar el pensamiento de los organizadores del Congreso como una manifestación de su opinión respecto al carácter penal del Derecho disciplinario militar, lo que implica rechazar todo sistema de codificación que separe el Derecho disciplinario de las atribuciones específicas del Parlamento y, además, implica también la necesidad de una respuesta que corresponda al verdadero concepto jurídico del Derecho disciplinario.

Sea de ello lo que fuere, el enunciado equivale a un reconocimiento de paternidad del Derecho disciplinario, huérfano, que en la frase de HAURIOU "busca sus padres sin poder encontrarlos". Por otra parte, como toma de posición doctrinal, representa una preciosa contribución a la solución de la controversia sobre su naturaleza jurídica.

En el enunciado del segundo tema los autores han recomendado prudentemente el examen de los problemas de naturaleza penal que se derivan de las grandes formaciones militares internacionales, a fin de equipar la legislación a ellas destinada con un sistema adecuado de normas; pues hoy día estas formaciones internacionales son las únicas grandes unidades militares utilizables en la guerra moderna, lo que hace necesario la creación de un nuevo capítulo del Derecho penal militar: la rama penal militar.

internacional que las contingencias de la estrategia contemporánea han impuesto.

Considerando la prioridad que le concede el programa del Congreso, me limito, en la presente exposición, al tema de las relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria y sus límites respectivos en el ámbito del Derecho militar. A mi juicio, el acercamiento de las dos ramas jurídicas en los términos del enunciado equivale a un reconocimiento del carácter penal del Derecho disciplinario militar que alcanza así a la doctrina en el alto nivel de las investigaciones internacionales.

De esta manera, el acceso del Derecho disciplinario militar al Congreso Internacional de Bruselas pone fin a la controversia sobre el concepto jurídico de este Derecho que, por lo demás, había sido ya definido: por su clasificación como materia estatutaria, en el texto de la Constitución de ciertos Estados; por la especificación de las reglas sobre los prisioneros de guerra, en las normas del Convenio de Ginebra de 1949, conteniendo disposiciones obligatorias para la legislación de los países signatarios; por las recomendaciones memorables que con vista a su definición y elaboración fueron hechas por el Congreso Internacional de Derecho comparado, reunido en La Haya en 1950, y por las condiciones establecidas en el Tratado, instituyendo la Comunidad Europea de Defensa, en 1952, en lo que se refiere a la organización y administración de las fuerzas europeas de defensa.

El resultado que cabe esperar de los trabajos de este Congreso sobre el tema debe ser, sin duda alguna, la unificación del sistema de codificación del Derecho disciplinario militar, codificación que hasta el presente está sujeta a la más extraña orientación, como podrá verse por las legislaciones de los países aquí representados. Se mueve, en efecto, desde el procedimiento normal de elaboración de las leyes por el Parlamento hasta el simple decreto administrativo y como forma intermedia la delegación de poderes del Parlamento al Ejecutivo para legislar sobre la materia.

Los elementos de la legislación que documentan los informes presentados a este Congreso, pertenecen a una de estas tres categorías: la ley por el Parlamento en Holanda, en Suiza y en otros países aquí no representados; el decreto del Poder Ejecutivo basado en una autorización legislativa del Parlamento en la que éste establece las líneas fundamentales de la delegación de poderes concedida, como sucede en Francia, cuyo Código de Justicia Militar de 1857 sirve de modelo a casi todos los Estados de Constitución democrática; o simple acto administrativo, bajo forma de decreto, aprobando los Reglamentos disciplinarios, como ocurre no solamente en los Estados de régimen totalitario, sino también en otros de régimen democrático.

El gran servicio que el Congreso Internacional de Bruselas rin-

de, a mi juicio, al Derecho penal militar consiste, precisamente, en la proposición contenida en el tema considerado como principal, puesto que equivale a una declaración de principios en favor de la cualificación del Derecho disciplinario en la rama penal, lo que sin duda alguna deberá conducir al sistema de abolición de su codificación fuera del Parlamento.

La acción penal militar y la acción disciplinaria militar son los instrumentos jurídicos específicos de la Ley penal y de la Ley disciplinaria militar puestos a disposición del mando militar del que depende la iniciativa de la acción penal y la acción disciplinaria.

Siendo las dos acciones los instrumentos de la Ley penal y de la Ley disciplinaria, las relaciones de la una con la otra deben ser las mismas que las que existen entre las dos leyes; y así, las condiciones para el ejercicio de una se aplican o deben aplicarse a las condiciones para el ejercicio de la otra; de tal manera que los principios generales de la Ley penal militar en la acción penal militar se aplican o deben aplicarse a la acción disciplinaria militar, habida cuenta de las restricciones impuestas por las finalidades diferentes de la Ley penal y de la Ley disciplinaria, en los mismos términos que los principios generales de Derecho penal común son aplicable al Derecho penal militar.

En la exposición y los comentarios siguientes procederemos a un examen de la legislación brasileña referente al tema: el Código penal militar y los Reglamentos disciplinarios (del Ejército, de la Marina, de la Aeronáutica y de las Policías militares); y como se verá, en el trabajo de interpretación al que se someten los textos se llega a la conclusión de que en el Derecho militar brasileño se aplican al Derecho disciplinario los principios generales del Derecho penal militar.

No obstante la anomalía de su elaboración en la que se ha procedido fuera de toda doctrina y de toda jurisprudencia, el Derecho disciplinario militar brasileño, mejorando los ejemplos que nos ofrece la legislación comparada, permite aplicar a la acción disciplinaria las reglas de la acción penal militar. El conjunto de principios sobre la legalidad de la norma penal, sobre la medida de la pena y de la responsabilidad, que forman la parte general del Derecho penal militar moderno, por asimilación del Derecho penal común, aparece raramente en los diferentes textos que la legislación comparada nos ofrece tanto en el ámbito del Derecho disciplinario militar como en las exposiciones que tratan de esta rama jurídica. Y, sin embargo, estos principios son el corolario jurídico de su naturaleza penal.

Si dejamos a un lado recientes disertaciones hechas sobre esta materia en universidades suizas y alemanas, sólo en los Códigos militares de Suecia, Noruega y Suiza se encuentran recogidas a la vez, la materia penal y la materia disciplinaria ofreciéndo-

nos de este modo ejemplos poco frecuentes de enumeración de estos principios.

El Código penal militar de Noruega, de 22 de mayo de 1902, establece en su parágrafo primero que la parte primera del Código penal común, se aplica a los actos punibles que en él son definidos a condición de que no exista ninguna disposición en contrario, lo que a su vez arrastra la extensión de la parte general del Derecho común a la materia disciplinaria expuesta en la parte final de dicho Código penal militar.

En la legislación sueca, mientras el Código penal militar de 23 de octubre de 1914 especificaba en su art. 185 cuáles eran las infracciones que debían ser castigadas con medidas disciplinarias, la *Ley de aplicación de los Códigos militares* de la misma fecha determinaba, en su Sección 4.ª, los poderes disciplinarios otorgados a la Autoridad militar.

Pero es al Código suizo al que corresponde el honor de la primacía en esta materia gracias al sustancial estudio científico sobre el que fué establecido.

Los países escandinavos arriba mencionados han suprimido los tribunales militares en tiempo de paz y han abandonado más tarde el sistema de codificación única dictando una legislación disciplinaria en textos legislativos autónomos: en Noruega la *Ley sobre la competencia disciplinaria y de Policía militar*, de 6 de mayo de 1921; en Suecia la *Ley sobre las penas disciplinarias para las fuerzas armadas*, de 30 de junio de 1948. Si consideramos que en Noruega la disposición del Código militar sobre aplicación de los principios generales de Derecho penal común continúa en vigor y que en Suecia por encontrarse la jurisdicción militar suprimida en tiempo de paz es aplicable la legislación común, podemos concluir que en lo que concierne al Derecho disciplinario militar las normas anteriores no han sido modificadas por el hecho de que como la reforma de conjunto de las leyes militares ha sido realizada en los dos países bajo la influencia de ideas socialistas, tal reforma ha podido mantener la armonía indispensable entre las diversas ramas del Derecho penal, material y formal.

ERNST HAFTER, en su admirable *Anteproyecto de Código Penal Militar Suizo*, hizo notar que falta en la legislación suiza, como en la legislación extranjera sobre Derecho disciplinario, un capítulo que comprenda la parte general y que se corresponda con la parte general del Código penal, lo que da lugar a incertidumbres en cuanto a la aplicación de las reglas generales de Derecho penal, y forzosamente se ha de reconocer en materia de doctrina y de jurisprudencia la existencia de problemas y desigualdades nacidos de esta ausencia de reglas sobre la prescripción en el derecho disciplinario militar. Sin embargo, en un pasaje de la exposición de motivos del anteproyecto antes mencionados, HAFTER cita a HEINRICH DIETZ y reconoce que según la doctrina alemana, la aplica-

ción de ciertos principios penales en materia disciplinaria tiene lugar por sí misma imponiéndose por "ese buen sentido jurídico que es natural al hombre", empleando la expresión de *DIETZ* citada por el autor. Conviene, sin embargo, resaltar que en el original en alemán de la obra de *HARTER* las palabras de *DIETZ* llevan este complemento: "*ohne dass gesetzliche Vorschriften erforderliche wären*" (sin que prescripciones legales sean necesarias).

Más adelante, en su "Exposición de motivos", *HARTER* expone claramente su opinión sobre la necesidad de reglas generales: "Disposiciones penales generales son en su consecuencia necesarias en derecho disciplinario. Dado que el presente Anteproyecto reúne en una ley única el Derecho penal y el Derecho disciplinario, conviene, sin duda alguna, establecer cuáles son las disposiciones del libro primero de la parte general que se aplican en materia disciplinaria". La misma cuestión se ha planteado —recuerda *HARTER*— a propósito del Anteproyecto de Código penal común suizo, y fué resuelto por el art. 290, que estipula lo siguiente: "Las disposiciones de la parte general del libro primero son aplicables a las contravenciones con excepción de las disposiciones contenidas en los artículos siguientes". *HARTER* termina el capítulo de su *Exposición* aconsejando: "El Derecho militar puede seguir este ejemplo estableciendo las disposiciones generales del libro primero aplicables, en principio, en materia disciplinaria, salvando todas las modificaciones impuestas a este principio por la naturaleza de las faltas disciplinarias".

Apoyándose sobre estas bases, *HARTER* ha propuesto la aceptación de las normas que formaban los artículos 140 a 143 del Anteproyecto, de las que la Asamblea Federal ha recogido las que figuran en el Código, artículos 181 a 183 (*Vorentwurf*, pág. 137).

El *Mensaje del Consejo Federal* consideró, sin embargo, inútil fijar otras reglas, aparte de las de prescripción, juzgando no obstante necesario que ésta fuese expresamente mencionada; consideró igualmente inútiles las disposiciones sobre la responsabilidad, la tentativa, la complicidad, la legítima defensa, el estado de necesidad, etc., porque la característica de simplicidad que tienen en general las faltas de disciplina y el hecho de que el proceso disciplinario sea menos formalista que el proceso penal propiamente dicho hacían muy raros los casos en los que hubiera que resolver problemas complicados de Derecho penal general.

De cualquier modo y a mi parecer, el texto definitivo del Código penal militar suizo, en su art. 182, no deja ninguna duda sobre la extensión de la parte general del Código a la materia disciplinaria, puesto que establece que: "A las personas a las cuales es aplicable el Código penal militar, les son igualmente aplicables, en la misma medida, las disposiciones relativas a las faltas de disciplina. "En su texto alemán, el Código citado se expresa en los siguientes términos: *Wenn und soweit eine Person dem Militär-*

*strafecht untersteht, ist sie auch der Disziplinarstrafordnung unterworfen."*

Debemos aún referirnos a las consideraciones de ALBERT ULDRY, que en su monografía sobre el Derecho disciplinario en el Código penal suizo, nos aporta otra contribución doctrinal de su país. Observando la naturaleza represiva de este derecho que por su esencial alcanza al conjunto del Derecho penal en general y al Derecho penal militar en particular, sometiéndose, por consecuencia, a las reglas generales que presiden estas dos ramas jurídicas. ULDRY ha sintetizado su punto de vista en una sola frase: "Por otra parte, las reglas generales de Derecho penal militar serán válidas para el Derecho disciplinario militar". El autor desarrolla este tema haciendo alusión al contenido del artículo 193 del Código penal militar, en el cual encuentra un principio que prevé explícitamente la aplicación, por analogía, de estas reglas generales en los casos particulares de la multa, la confiscación y la restitución al Estado. Sin embargo, todas las demás reglas se aplican igualmente al Derecho disciplinario en la medida en que no resultan excluidas por su naturaleza especial, y esto no sólo respecto a las reglas que tratan de las condiciones de la represión, de las condiciones personales y materiales, de las condiciones de tiempo y lugar, sino también respecto a las que se refieren a la responsabilidad, a la culpabilidad, etc.

Por el contrario, no se toman en consideración las reglas referentes a la medida y aplicación de la pena por el hecho de que no pueden adaptarse a las que regulan de manera formal o implícita la aplicación de las penas disciplinarias. El punto de vista de ULDRY concuerda con el del Código suizo en lo que se refiere a la validez de las reglas generales del Derecho militar para el Derecho disciplinario: "Pero, en la medida en que no se encuentran excluidas por la naturaleza especial del Derecho disciplinario, todas las demás reglas generales se aplican igualmente a este Derecho, así como las relativas a las condiciones de la represión, condiciones personales y materiales, condiciones de tiempo y de lugar, reglas sobre la responsabilidad y la culpabilidad, etc."

En defensa de esta opinión he recogido en la literatura jurídica europea los pareceres de otros autores, tanto antiguos como modernos. Entre los autores más antiguos y de mayor autoridad en Alemania no puede omitirse el nombre del profesor LABAND, que en su célebre *Tratado de Derecho público alemán*, tomó posición en la discusión de este tema, mostrándose favorable a la aplicación de los principios generales del Derecho penal al Derecho disciplinario ordinario; ni tampoco puede omitirse entre los autores modernos que hacen autoridad a OTTO SENFTLEBEN, quien en su *Deutsches Wehrrecht* expresaba su opinión en estos términos: "Allí donde la naturaleza de las relaciones militares o una disposición expresa no se interponen, los principios fundamentales de

las leyes penales deben encontrar su aplicación correspondiente en el Derecho disciplinario, pues de otro modo sería imposible llegar a una reglamentación regular y uniforme del poder de castigar”.

En su consecuencia, las disposiciones de la parte general del Código penal común sobre irresponsabilidad y estado de necesidad, el error y la legítima defensa, se admiten igualmente y con la excepción de las restricciones de que antes se habló en la práctica del Derecho disciplinario.

HEINRICH DIETZ en su estudio sobre el *Reglamento disciplinario alemán*, mostraba las diversas hipótesis en las que podían aplicarse los preceptos fundamentales del Derecho penal.

En Francia los profesores ALFRED LÉGAL y JEAN BRÉPHE DE LA GRESSAYE, que han dado una noción general del Derecho disciplinario, la completaron recordando que el Derecho disciplinario no era otro que el Derecho penal de las instituciones en el interior de la sociedad nacional y que comprendía forzosamente todos los principios generales de Derecho penal con excepción de aquéllos que por motivos particulares resultan excluidos, como es el caso de la norma “nulla poena sine lege” (*Les Droits disciplinaires des institutions privées*, p. 153). He aquí cómo se expresan estos autores en tan notable libro: “Esta idea directriz (la aplicación de los principios generales de Derecho penal), singularmente fecunda, nos permitirá, determinando en qué medida es posible transportar al Derecho disciplinario las reglas del Derecho penal relativas a la infracción, a la responsabilidad, a la aplicación de las penas, a la libertad de defensa, a las consecuencias civiles de la infracción, etc., precisar toda una serie de reglas que la teoría contractual se encuentra impotente para poner de relieve y por este camino junto a la demostración de que el poder disciplinario es un poder sometido al derecho, lograremos construir una síntesis lógica, coherente, y completa de esta rama del Derecho que es el Derecho disciplinario, demasiado tiempo descuidada” (Ob. cit. página 153).

El Intendente militar SILLIERES, en su tesis tantas veces alabada, ha señalado que la transgresión conserva, sin duda alguna, en su elemento subjetivo todas las características del hecho ilícito penal y que por consiguiente las reglas establecidas para las contravenciones penales deben ser válidas para las contravenciones militares, concluyendo: “La buena administración de la justicia disciplinaria ganará adoptando, siempre que sea posible, los grandes principios que dominan la materia del Derecho penal ordinario”.

En Italia FRANCESCO JANNITI PIROMALLO, en un artículo, *Disciplina nella pubblica amministrazione* (*Nuovo Digesto Italiano*, vol. V), declara que la práctica y la doctrina extienden al Derecho disciplinario muchos de los principios del Derecho penal y cita



este pasaje de ZANOBINI: "Las normas generales del Derecho penal son aplicables a la responsabilidad y a las penas administrativas en tanto en cuanto pueden reconocerse como principios jurídicos generales y no constituyen principios especiales justificados solamente por las razones políticas y jurídicas propias del Derecho criminal". Aunque la opinión de PIROMALLO y de ZANOBINI sobre el Derecho disciplinario ordinario se repite varias veces en la literatura jurídica italiana, no conozco ningún párrafo o pasaje que trate del Derecho disciplinario militar. Sin embargo, en los Reglamentos disciplinarios militares figuran algunos de los principios generales de Derecho penal sobre la responsabilidad y la pena.

El hecho se explica: la doctrina italiana no coloca en situación paralela la infracción disciplinaria militar y la contravención de Derecho penal común, y en su consecuencia no considera que los principios generales de Derecho común sean obligatoriamente aplicables en la rama militar, sin que ello impida al Derecho positivo actuar en sentido opuesto cuando incluye en los Reglamentos disciplinarios reglas de Derecho penal común sobre la responsabilidad y la pena adoptadas en la legislación penal militar.

Esta concepción tradicional, apoyada por la autoridad de PIETRO VICO, el ilustre fundador del Derecho militar italiano moderno, goza en este país de un valor de dogma y ha sobrevivido a todas las investigaciones doctrinales que iniciadas en ocasión de la adaptación de los Códigos militares a la Ley penal común decretada en 1889, se han proseguido por el movimiento de reforma integral provocado por la primera y la segunda guerra mundial para terminar en 1940 por los Códigos militares fascistas, cuyas ideas en la materia inspiran todavía las corrientes jurídicas dominantes en el país.

Los trabajos jurídicos elaborados para estas abortadas reformas constituyen a mi juicio la exposición doctrinal más completa sobre el Derecho penal militar, desde el punto de vista material y formal, y a ellos deben recurrir todos los que busquen una fuente de información segura en la materia. Fué precisamente al comenzar estos trabajos cuando se afirmó y extendió la opinión de VICO preconizando una doctrina contraria a la asimilación de la Ley penal militar y la Ley penal común, en el momento en que se buscaba la identificación de la *transgresión disciplinaria* con la *contravención* de Derecho penal común. CIARDI, CIANCARINI, MANASSERO, SUCATO, MILLAZZO y otros siguen los pasos de PIETRO VICO y se niegan a reconocer un carácter particular a la transgresión disciplinaria militar, y de este modo aceptan y justifican el método de elaboración de la norma disciplinaria militar por medio de simples actos administrativos. Tal actitud forma un curioso contraste con la de los escritores italianos, que tanto en la rama administrativa como en la del penal común se pronuncian en gran mayoría en favor de la naturaleza penal de la ma-

teria disciplinaria, sujeta, por consecuencia, a los preceptos generales de Derecho penal, siempre que éstos no sean incompatibles con la buena administración pública.

Las citas que acabamos de hacer demuestran que salvo el caso del Derecho militar italiano, la doctrina en general admite la aplicación de los principios generales de Derecho penal en el Derecho disciplinario militar, tanto en lo que afecta a la rama disciplinaria ordinaria en el ámbito del Derecho administrativo como en la rama disciplinaria militar en el ámbito del Derecho penal militar. Todo ello bien entendido con independencia de las restricciones que la vida militar impone como un imperativo categórico.

Es un principio impuesto por el buen sentido y la naturaleza misma de las cosas el que en la milicia, incluso cuando la Ley no lo dice expresamente, no se han castigado nunca las faltas de disciplina sin discriminación.

Sobre este punto y en materia de legislación comparada, hemos de señalar el nuevo *Codex Juris Canonici* que constituye la Ley disciplinaria de la Iglesia Católica, obra inmortal del Papa Pío XII cuando era aún Cardenal y que puede considerarse como un modelo de ciencia jurídica que gustaría ver imitado. Promulgado en 1917 el Código Canónico es, según el unánime parecer de los juristas, un ejemplo técnicamente perfecto de la aplicación de los principios generales de Derecho penal a la materia disciplinaria que forma su contenido en el Libro V y bajo el título de *De delictis et poenis*. Examinando las tres partes de las que se compone el libro citado, el Abate A. PELLÉ reconoce que la primera, que trata de los delitos, es absolutamente nueva. Combinando así las nociones fundamentales sobre las responsabilidades moral y la responsabilidad jurídica, el Abate PELLÉ declara que el Código canónico "presenta, bajo fórmulas precisas y admirablemente comprensivas, una verdadera filosofía del Derecho penal de la que la legislación civil podría obtener gran provecho" (*Le Droit pénal de l'Eglise*, 1939, p. XVII).

En el Brasil esta teoría ha pasado completamente desapercibida en el ambiente jurídico, aunque figurase en parte como precepto legal en el Proyecto de CAXIAS, en 1862, pasando después al Reglamento disciplinario del Ejército de 1875 y de éste a las disposiciones oficiales que desde entonces estuvieron y están aún en vigor, incorporando de esta manera a su texto un número apreciable de principios generales de Derecho penal. En posición contraria encontramos los casos aislados de MAGALHAES CASTRO, CARLOS DE CARVALHO y CLOVIS BEVILAQUA que en sus trabajos sobre la cuestión han reconocido el carácter penal del Derecho disciplinario militar, así como su dependencia implícita de los principios generales de Derecho penal militar, doctrina que, por mi parte comparto y divulgo, aunque sin éxito.

En medio del silencio de la doctrina, la presencia en la de-

fectuosa legislación militar actualmente en vigor de estas normas inspiradas por el proyecto de CAXIAS, no ha suscitado aún decisión judicial alguna. El hecho de incluir algunos principios generales de Derecho penal militar en nuestros Reglamentos disciplinarios militares actuales, obra de la dictadura en lo que se refiere al Ejército y a la Aeronáutica, revela, a pesar de su defectuosa nomenclatura, el reconocimiento de la naturaleza penal de la norma disciplinaria por parte de los juristas que los redactaron o revisaron, puesto que es inadmisibles que hubieran ignorado el sentido de las disposiciones que adoptaban. Como la exposición de motivos de los proyectos de los que nacieron los reglamentos antes citados no ha sido publicada, resulta bastante difícil su interpretación, tanto más cuanto que con frecuencia sus autores, colaboradores o revisores, sin explicar las razones jurídicas que les llevaron a aceptar principios generales de Derecho penal militar, niegan igualmente sin argumentos válidos el carácter penal del Derecho disciplinario militar codificado en dichos Reglamentos.

En resumen, en la rama militar el Derecho disciplinario no ha sido objeto en nuestro país de ningún estudio particular sobre el enunciado del tema, sobre el que tampoco se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, y fué precisamente esta omisión de la justicia militar en una determinada circunstancia en la que la materia estaba constituida por la relación jurídica que hoy tratamos, lo que me llevó a estudiar la cuestión de manera más profunda.

En materia penal y, por consiguiente, en materia disciplinaria, es doctrina corriente figuren en las partes generales de diferentes Códigos ciertas reglas generales, como aquéllas que tratan de la juridicidad, de la culpabilidad, de las circunstancias atenuantes y de la extinción de la punibilidad, que por su carácter de generalidad son aplicables a todas las infracciones penales definidas en las partes especiales de estos Códigos. Estas reglas constituyen los principios fundamentales.

Es evidente que reglas de esta naturaleza son aplicables a todas las especies de infracciones penales, crímenes o contravenciones, y así, cuando no son mencionadas en los textos de las leyes penales, por omisión del legislador, deben ser igualmente aplicadas cualquiera que sea la disposición penal contenida en ley de diferente naturaleza. Siguiendo la autorizada opinión de ZANARDELLI, la locución "Ley penal" no está restringida al Código penal ni incluso a una ley especial que tenga por finalidad exclusiva y principal la represión de crímenes, *"ma la disposizione di legge altresì che prevede un reato o commina una pena, ed è perciò legge penale, sebbene faccia parte in qualsiasi corpo di legge, avverte qualsiasi altri precípua ufficio che non sia il magistero punitivo"*. (ZANARDELLI, "Relazione del Ministro Guardasigili", Roma, 1889.)

No sólo es la doctrina la que sostiene este punto de vista, sino

también y en cierta manera se encuentra apoyado en la norma general de interpretación establecida en el art. IV de la Ley de Introducción al Código civil que determina que "en los casos no previstos por la Ley, el juez decidirá la cuestión basándose en la analogía, las costumbres y los principios generales de Derecho". Ante la amplitud de este precepto y si se excluyen las hipótesis de creación del crimen o de la pena, esta regla es válida para todos los casos en que puede ser acordada una exención excepcional de culpabilidad o en los casos de extinción de punibilidad.

En su consecuencia, a la transgresión disciplinaria en el Derecho penal militar, de igual naturaleza jurídica que la contravención del Derecho penal común, deberán ser aplicadas las *reglas generales* del Código penal militar en todos los casos que la Ley disciplinaria militar no disponga otra cosa, como se estableció por el art. 1.º de la Ley de contravenciones (Decreto-ley número 3.688 de 3 de octubre de 1941) respecto de la contravención penal en el Derecho común. Desgraciadamente es un hecho en nuestro país el que la norma disciplinaria militar fué fijada sin poner en ello el cuidado necesario y sin articularla con la norma penal militar, quedando fuera de la noción del carácter penal del Derecho disciplinario. De aquí las graves dificultades que asaltan al intérprete insuficientemente prevenido y en especial en los casos de aplicación del Código penal militar a los Reglamentos disciplinarios en vigor, dos de estos últimos habiendo sido publicados antes del Código y el tercero después, pero separándose entre sí sobre puntos esenciales e incluso separándose del Código en la nomenclatura de las normas básicas incorporadas a los textos de estos reglamentos.

En los 117 artículos del Libro I del Código penal militar, en los títulos que hacen referencia a la aplicación de la Ley penal militar, al crimen y a la responsabilidad penal, a las penas, a la acción penal y a la extinción de la punibilidad, se encuentran normas de naturaleza constitucional y penal que heredadas de la Constitución y del Derecho penal común, sirven de principios fundamentales al Derecho penal militar, y por su carácter normativo deben aplicarse a toda la legislación militar especial, como lo especifica el Código penal militar en su art. 16: "Las reglas generales de este Código se aplican a los hechos incriminados por la Ley militar especial salvo disposición en contrario".

Creo que se considera sin discusión como incorporada a la norma militar, tal como está formulada, la materia de los artículos 315, 316, 317 y 319, disposiciones generales del Código citado definiendo en el primero qué se entiende por "navío"; en el segundo asimilando a "comandante" toda autoridad ejerciendo función de dirección; en el tercero considerando "superior" al militar que en virtud de su función ejerce autoridad sobre otro de igual empleo, y en el último considerado, "funcionarios de la Adminis-

tración militar", a los jueces y representantes del Ministerio público de la Justicia militar, a los efectos de aplicación del Código. Igual ocurre con el art. 4.º, que trata del carácter personal de la Ley militar. También creo imposible negar que algunos de los preceptos admitidos en los Reglamentos militares son idénticos a sus equivalentes del Código citado, no obstante la errónea nomenclatura de varios de ellos.

Estoy seguro, sin embargo, que si no se está muy versado en la materia se invocará la disposición del art. 17, donde se dice: "Este Código no comprende las transgresiones de los Reglamentos disciplinarios", para concluir de ella que puesto que así se establece en la parte general de este texto, sus autores han querido indicar claramente que las constantes de estas *reglas generales* no debían extenderse a las infracciones disciplinarias. Esta interpretación se explica cuando se sigue la corriente jurídica que desconoce la naturaleza penal del Derecho disciplinario militar, el cual debe ser objeto de una ley especial por razón de su naturaleza estatutaria. Tal interpretación debe ser rectificadora y es lo que me propongo hacer en las páginas siguientes. El art. 17 ya citado reproduce el texto del apartado b) del art. 4.º del Código penal de la Marina, de 1891, que estipula: "No están comprendidas en el presente Código: a), las contravenciones de policía cometidas a bordo de buques de la Marina o embarcaciones sujetas al mismo régimen, en las fortalezas, acuartelamientos o establecimientos navales. b), Las infracciones a los Reglamentos disciplinarios."

Reemplazando, en 1891, la legislación penal militar portuguesa que estaba entonces en vigor y en la que la materia penal no se distinguía de la materia disciplinaria, y completando por otra parte la reforma de la legislación disciplinaria ya comenzada por la adopción del Código disciplinario en 1890, el Código penal de la Marina ha sido interpretado en este pasaje como una muy clara confirmación de la autonomía del Derecho disciplinario codificado en 1890 y del que la nueva ley conservaba intacto el contenido, puesto que las infracciones disciplinarias seguían encontrándose en el texto que las definía y las castigaba. En el mismo sentido que la disposición del Código de la Marina de 1891 ha de comprenderse el art. 17 del Código penal militar actualmente en vigor, prácticamente inoperante en cuanto a la aplicación de los principios generales del Derecho penal militar en la rama disciplinaria, materia reglamentada por el art. 16 en la parte en que la Ley no toma ninguna disposición en contrario, como hicimos observar anteriormente.

Siendo un complemento de la norma penal militar, la norma disciplinaria militar es tributaria de la primera y en su consecuencia está subordinada a sus principios fundamentales de una forma aún más completa que la que enlaza la contravención penal y la norma penal en Derecho común, de suerte que la omisión en el

Código penal militar y en la legislación disciplinaria militar de disposiciones coordinadoras de la aplicación de los principios generales de la Ley penal militar no impide el que la doctrina y la jurisprudencia continúen buscando activamente una interpretación que satisfaga los intereses de la justicia y de la disciplina militar.

La operación a la que procede el *mando militar* para buscar y calificar el hecho definido como *transgresión disciplinaria* y para graduar y aplicar la *pena disciplinaria* correspondiente, gozando de plena responsabilidad para ejercer el privilegio de iniciativa de la *acción penal y disciplinaria militar*, en nada difiere de la que verifica el juez, singular o colegiado, para buscar y calificar el hecho definido como *crimen militar*, y graduar y aplicar la *pena criminal* correspondiente. Con el fin de facilitar esta operación, tanto al juez como al mando, la doctrina aconseja al legislador hacer en las reglas penales aplicables por estas autoridades "todas las modificaciones impuestas por la particular naturaleza del objeto y del fin de tutela de la organización militar", como se aconsejaba en Italia en 1923 para la elaboración del Código penal militar y cómo deberá procederse para la elaboración de leyes sobre la disciplina militar.

Dadas las relaciones orgánicas que unen entre sí las dos ramas del Derecho penal militar, las reglas generales del Código penal militar deben —con toda evidencia— ser utilizadas por el mando en el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, ya que estas reglas constituyen el método lógico y jurídico cuya aplicación ha sido determinada por el art. 16, aunque los arreglos necesarios no hayan sido efectuados íntegramente en los textos oficiales sobre materia disciplinaria. Han de tenerse en cuenta igualmente todas las restricciones impuestas por la naturaleza y la finalidad del Derecho disciplinario militar, restricciones que serán más acentuadas en lo concerniente a los efectos de la pena disciplinaria que en lo relativo al proceso para su aplicación.

De esta asimilación exagerada del Derecho común por el Código penal militar que ha incorporado a su parte general la casi totalidad de las reglas penales de Derecho común a las que se han añadido, no siempre en forma adecuada, algunos principios específicos de Derecho militar, nació la composición del Libro I en el cual tienen estas reglas su lugar apropiado, pero donde se encuentran mezcladas con fórmulas y conceptos a veces impropios como puede constatarse confrontando los textos sobre la materia del Código penal y los Reglamentos disciplinarios militares.

Como principios generales, en el texto del Libro antes mencionado se encuentran: a) Los principios constitucionales sobre la legalidad de los crímenes y de las penas y la retroactividad de la Ley penal, aparte de las reglas generales para la interpretación de este tipo de ley y los preceptos sobre las condiciones que caracteri-

zan la infracción penal militar en lo que se refiere a la persona, la materia, el lugar y el tiempo. b) Las disposiciones sobre el crimen militar como infracción penal específica, diferente de la infracción disciplinaria, así como las reglas sobre la responsabilidad penal. c) Las prescripciones para la aplicación de la pena criminal; y d) Las directivas reglamentando la acción penal y la extinción de la punibilidad; todo lo cual constituye técnicamente la *parte general* del Código y se aplica a toda ley penal militar especial de acuerdo con el art. 16.

Como es sabido, falta en los Reglamentos disciplinarios militares la *parte general*, en la cual estos principios o sus equivalentes deberían ser mencionados con las restricciones aceptadas; porque lo que se designa en estos Reglamentos bajo el título de "Disposiciones especiales" o "Generalidades" no tiene nada que ver con la institución jurídica en cuestión, sino que son simplemente preceptos de moral y de educación militar. Conviene señalar que en el Reglamento disciplinario de la Marina varias normas específicas de la parte general figuran al final del texto bajo el título de "Disposiciones generales", lo que demuestra, desde el punto técnico, que se ha descuidado esta materia en la elaboración del Reglamento.

Si se toma como objeto de esta comparación el Reglamento disciplinario del Ejército imitado casi literalmente por el de la Aeronáutica y conteniendo en lo que se refiere a los principios generales del Derecho penal militar, preceptos que en su esencia son los mismos que los de la Marina aunque su enunciado sea, a veces, diferente, se verá que los principios en cuestión se exponen según el siguiente esquema: especificación de las personas sujetas al régimen disciplinario, en el art. 10; definición e incriminación de las transgresiones disciplinarias, en los arts. 12 y 13; clasificación de las transgresiones, en el art. 14; indicación de las penas disciplinarias, su naturaleza, amplitud, duración, graduación y cumplimiento, en los arts. 17 a 36; enumeración de las causas y de las circunstancias que influyen en el enjuiciamiento como causas justificativas y como circunstancias atenuantes y agravantes, en el art. 16; competencia para la aplicación de las penas disciplinarias y sus límites, en los arts. 37 a 42, y reglas para la aplicación de las penas disciplinarias, en los arts. 43 a 56.

Comparadas con el texto que las estableció en el Código penal militar las reglas generales de Derecho penal militar que aparecen en los Reglamentos militares presentan divergencias cuyo examen interesa en esta ponencia, sea porque guardan silencio sobre ciertos puntos en relación con las instituciones fundamentales en materia penal, definidas por el Código militar, sea porque se refieren a estas instituciones empleando fórmulas cuyo contenido difiere del establecido por el Código. Me limitaré, en este trabajo, a considerar las reglas que han sido omitidas por nuestro Código juz-

gando inútil el discutir aquí las medidas adoptadas por los Reglamentos antes citados, puesto que legal y técnicamente estas medidas equivaldrán a las restricciones que la política criminal militar consideró necesario imponer a las reglas generales del Derecho penal.

Si en el momento de elaborar la Ley disciplinaria militar se hubiera seguido el método aconsejado por la doctrina —especificando en la Ley penal militar las restricciones bajo las cuales sus principios generales serían adoptados por la Ley disciplinaria, o bien indicando en la Ley disciplinaria militar los principios generales de la Ley penal militar que a ella se extendían—, no hubiera habido ninguna necesidad de realizar un penoso trabajo de interpretación con la finalidad de explicar y comentar los Reglamentos disciplinarios militares. Si se confrontan estos principios con las disposiciones del Código penal militar en sus arts. 16 y 17 y con las lagunas del Reglamento ya citado, se percibirá la desorientación de las codificaciones tal y como vengo afirmándolo desde hace años.

Cuando se ha visto la diferencia de destino de la Ley penal militar y la Ley disciplinaria militar, no se puede negar que algunas de las disposiciones generales de la Ley penal son inaplicables a la Ley disciplinaria, como sucede en el Derecho común entre el Código penal y la Ley de Contravenciones penales, comparación que no cabe evitar cuando se trata del Derecho penal militar. Es evidente que si se exceptúan las hipótesis sobre la situación del demente frente al castigo disciplinario, sobre las penas criminales sin equivalencia en la Ley disciplinaria y sobre las medidas de seguridad, se viene obligado a reconocer que incluidos o no en los textos que en el Brasil regulan la materia disciplinaria, los principios generales del Código penal militar deben forzosamente influir sobre la aplicación de las normas de los Reglamentos disciplinarios en los que la materia relativa a estos principios ha sido volcada sin ningún criterio jurídico.

Dada la forma en que fueron elaborados, falta a los Reglamentos disciplinarios la *parte general* que en los Códigos penales y en las Leyes de contravenciones penales consolida los principios jurídicos que, en las dos ramas, deben orientar la aplicación de la *parte especial* donde se definen las infracciones penales y las contravenciones, porque habiendo adoptado el sistema de codificar el Derecho disciplinario como materia de *Derecho de policía*, no hubo preocupación por los perjuicios que engendraría la falta de encaje entre la Ley penal militar y la Ley disciplinaria militar.

Sin embargo, varios de estos principios jurídicos figuran desde hace años en la legislación brasileña sobre disciplina militar, pero no son designados con una nomenclatura apropiada y no ocupan un lugar determinado. A mi juicio, todos los principios generales de Derecho penal militar son aplicables al Derecho disciplinario



militar, a excepción de aquellos que sean enumerados por la Ley como incompatibles con el régimen disciplinario, y dado el silencio de la Ley y de la jurisprudencia sobre esta cuestión he limitado estos principios a los casos arriba mencionados. Estoy seguro que el examen de la parte general del Código penal militar llevará esta misma convicción al ánimo de todos aquellos que tengan una acertada idea del concepto filosófico y jurídico de la materia comprendida en las reglas generales del Derecho penal militar y del objeto del Derecho disciplinario militar, que es su complemento.

¿Existiría alguien que con toda sinceridad y en conciencia se atreviese a afirmar, después de haber leído el Código y meditado sobre su contenido, que si se exceptúan los principios generales de los Reglamentos disciplinarios militares, los otros principios, por hallarse catalogados en la parte general del Código, no les son aplicables? Así, los conceptos de responsabilidad, de dolo, de culpa, de caso fortuito, de perjuicio, de peligro y de error; la infracción consumada y la tentativa; la coautoría y la complicidad; el concurso de infracciones, la reincidencia; las circunstancias modificativas de la pena y las justificativas de la infracción; las causas de extinción de la acción penal, ¿es que no tendrían ningún valor en Derecho disciplinario militar?

Es evidente que el legislador, en razón de la finalidad de la Ley disciplinaria militar debe excluir de ella ciertos principios generales, como lo hacen algunas legislaciones que en la rama disciplinaria no admiten, por ejemplo, la prescripción. Sin embargo, en el Brasil, dados los términos del art. 16 del Código penal militar y el silencio de los Reglamentos disciplinarios militares, cuya legalidad se admite a efectos de argumentación, no se podría aceptar ni la prescripción ni otras restricciones que se encuentran en el Derecho comparado.

Cuando redacté el sumario del presente estudio, no tuve por finalidad hacer una especie de parte general del Derecho disciplinario militar donde se encontrasen reunidos los principios generales de Derecho penal militar que fuesen aplicables, sino que pretendía exponer el sistema de Derecho penal militar brasileño, que de acuerdo con el texto del art. 16 considero como obligatoriamente aplicable al Derecho disciplinario, con contadas excepciones, para demostrar las relaciones entre las dos ramas jurídicas.

Como ejemplo de casos en los que los principios generales del Código penal militar deben ser aplicados sin restricción aunque no figuren en la legislación sobre la disciplina militar, mencionaré los previstos en los arts. 4, 12, 29-III, 34, 35 y 103, por no citar más que aquellos que ofrecen mayor interés teórico y práctico. El primero define el carácter personal de la Ley penal militar que sigue al militar como su sombra en cualquier parte que esté, tanto en su país como en el extranjero, declarando: "La Ley penal militar se aplica a todo crimen realizado en territorio nacional

o en el extranjero, incluso si en este último caso el culpable ha sido ya juzgado por la justicia extranjera”.

El segundo tiene por finalidad legitimar, en interés de la disciplina y de la justicia, la figura del *militar de hecho*, por incorporación irregular, de forma que haga posible la condena criminal del agente declarando: “La irregularidad del acto de la incorporación no excluye la aplicación de la Ley penal militar si esta irregularidad ha sido alegada o conocida después de cometido el crimen”.

El tercero—el art. 29— declara en el pasaje mencionado, que no existe crimen “cuando el agente realiza el hecho en cumplimiento escrito de su deber legal o en el ejercicio regular de un derecho”, causa de exclusión de la criminalidad que no se encuentra comprendida entre las causas justificativas adoptadas por los Reglamentos disciplinarios.

El art. 34 considera sin valor como elementos constitutivos del crimen militar las relaciones jerárquicas cuando se dan las siguientes circunstancias: “La condición de superior o de inferior, cuando no era conocida por el agente”; “La condición de superior o de inferior, de Oficial de facción, de servicio, de centinela o plantón, cuando la acción ha sido realizada para defenderse contra una agresión”.

El art. 35 prevé que será declarado irresponsable aquel que “a causa de enfermedad mental o de desarrollo mental incompleto o retrasado, se encontraba en el momento de la acción o de la omisión completamente incapaz para comprender el carácter criminal del hecho o actuar de acuerdo con esta comprensión”; en consecuencia, el Código ordena en el art. 97 el internamiento del enfermo en un manicomio judicial.

En fin, el art. 103 enumera las causas de extinción de la punibilidad: la muerte del agente, la amnistía, la gracia o el indulto, la retroactividad de la Ley penal que ya no considera el hecho como criminal; la rehabilitación, la prescripción y la reparación del daño en el delito de peculado culpable, casos todos de los que no se ocupan los Reglamentos disciplinarios.

Sólo la rehabilitación ha sido prevista por los Reglamentos disciplinarios del Ejército y de la Aeronáutica en los arts. 63 y 84, respectivamente, aunque tampoco figura en el de la Marina. En resumen, no se encuentran en estos Reglamentos disposiciones análogas correspondientes o que produzcan el mismo efecto jurídico que las anteriormente transcritas.

Sin embargo, y dada la interpretación del art. 16 del Código penal militar, tales lagunas no constituyen razón válida para que si los supuestos previstos se presentan, el mando o quien ejerce la jurisdicción disciplinaria militar no aplique la regla general de la Ley penal militar. Este es el objetivo perseguido en las consideraciones siguientes:

El carácter personal de la Ley penal y militar y de la Ley disciplinaria militar inherente al papel político, jurídico y funcional de la fuerza armada cuyo interés general constituye la finalidad de ambas leyes, debe ser reconocido por las dos, aunque en una sola de ellas este carácter se encuentre afirmado por una disposición expresa. Resultaría un absurdo monstruoso el admitir que a un hecho ocurrido a bordo de un buque o de un avión militar en misión en el extranjero se aplicase la Ley penal y no la Ley disciplinaria que, aunque diferente por su radio de acción, trata igualmente de mantener el orden y la disciplina allí donde el militar pueda encontrarse. Poco importa el silencio de la legislación disciplinaria: la indisolubilidad de las relaciones entre la Ley penal y la Ley disciplinaria obliga a obtener esta conclusión.

La revalidación de la incorporación irregular de la que se aprovecharía el autor del fraude escapando a la persecución judicial en la hipótesis de crimen militar por la alegación oportuna de la nulidad de su enrolamiento es el saludable correctivo al art. 12 al que en otra parte hicimos referencia más detallada. Sería inconcebible el admitir en la interpretación de la Ley que tan prudente medida de política criminal sea adoptada cuando se trata de un crimen militar y excluida si se trata de una transgresión disciplinaria. Los otros principios generales que se encuentran en el artículo 34 del Código penal militar no se limitan ni pueden limitarse a la esfera de la Ley penal: por su contenido y su alcance deben extenderse al ámbito disciplinario donde la jerarquía militar confiere derechos e impone deberes específicos porque tal es implícitamente el sentido de su texto. Si en cierta manera uno de los párrafos del art. 34 ha sido adoptado por la legislación sobre la disciplina militar por el hecho de excusar al agente que prueba la ignorancia de la ley o de la orden recibida, la Ley penal militar, en las dos hipótesis previstas por el artículo citado, considera como inexistente el lazo jerárquico que constituye el elemento esencial para ciertos crímenes militares: no solamente cuando la calidad de superior o inferior es ignorada por el actor, sino también cuando la acción se realiza en legítima defensa, la calidad de superior extendiéndose también a las funciones de mando o vigilancia especificadas.

Basta el sentido común para darse cuenta que estos preceptos no se limitan a la jurisdicción penal militar, puesto que tienen su entera aplicación en la jurisdicción disciplinaria.

Nos quedan todavía: las disposiciones sobre la *causa justificativa* del núm. II del art. 29; las enumeradas en el art. 103 sobre *causas de extinción de la punibilidad*, que por su importancia excepcional merecen más amplias observaciones, al igual que las causas que excluyen la imputabilidad. Entre las causas de justificación especificadas en los arts. 16, 11 y 13 de los Reglamentos disciplinarios del Ejército, de la Marina y de la Aeronáutica, respec-

tivamente, el legislador no ha incluido: el estricto cumplimiento del deber legal o el ejercicio legítimo de un derecho, causas que perfectamente fundamentadas desde el punto de vista político, jurídico y moral han sido previstas por el Código penal militar. Esta laguna se presta evidentemente a la crítica, puesto que no hay explicación para que la Ley exima de responsabilidad al autor de un crimen militar y no le exima en una transgresión disciplinaria cuando en ambos casos de gravedad diferente la acción o la omisión punibles se encuentran justificadas por la misma causa. Es cierto que en dos de estos Reglamentos —el del Ejército y el de la Aeronáutica en sus arts. 16 párrafos 4 y 14 respectivamente— se establece lo siguiente: “No habrá lugar a castigo cuando una causa justificativa sea estimada al enjuiciar la transgresión”.

Pero esta regla, que debe ser aplicada por las autoridades militares que, por lo general no poseen una cultura jurídica profunda, será comprendida como abarcando únicamente las causas justificativas previstas por los Reglamentos disciplinarios, y en el caso de la Marina ni siquiera se podrá hacer tal alegación, puesto que en él no figura el precepto obligatorio del reconocimiento de la circunstancia justificativa. Sin embargo, en muy numerosas ocasiones, tanto en la jurisdicción disciplinaria como en la jurisdicción penal militar, el militar encontrará en la aplicación de este precepto una garantía para el perfecto cumplimiento de sus *deberes de juez, de testigo o de perito*, por la veracidad de la prueba apreciada en sus sentencias, expuesta en sus declaraciones y discentida en sus informes, documentos en los cuales los militares tendrán muchas veces que hacer declaraciones o examinar actos referentes a crímenes o transgresiones disciplinarias imputables a sus superiores, iguales o subordinados.

En las situaciones típicamente militares creadas por las relaciones jurídicas particulares de la vida militar *la justificación del estricto cumplimiento del deber legal* anula la influencia del poder personal del superior cuando los órganos del mando y de la justicia funcionan normalmente. Pero es, sin embargo, en las atribuciones conferidas por la Ley a militares en el cumplimiento de funciones de policía judicial militar donde se encuentra más claro y más gravemente el arbitrario o el peligro de arbitrario por el hecho del mando, en lo que se refiere al testimonio del subordinado sobre la conducta del superior. Con el fin de examinar este aspecto del problema he dedicado algunas consideraciones a la *inmunidad judicial* que reúne las garantías concedidas a los que ayudan a la justicia en las circunstancias mencionadas.

Entre los juristas que han tratado esta cuestión de forma más clara y extensa, hay que nombrar a JEAN SAUVEL en su reciente estudio *Les immunités judiciaires*, publicado en 1950 en la “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé”, más tarde publicado en libro. JEAN SAUVEL clasifica en dos grupos dichas in-

munidades: una, constituida por el art. 14 de la Ley francesa sobre la libertad de prensa, que es la *inmunidad de defensa*; y el otro, que se encuentra fuera de los textos legales, y consiste en la aplicación de un principio general de Derecho, que puede ser calificado como *inmunidad de los magistrados y sus auxiliares*. Dándoles fundamento y aplicación, el autor declara: "Tienen por finalidad asegurar la libertad de expresión ante los tribunales de aquellas personas que, por cualquier título, ejercen una función judicial y únicamente en el cuadro de dicha función". Como toda inmunidad, impiden generalmente el ejercicio de la acción pública y de la acción civil contra sus beneficiarios. Si a veces las inmunidades presentan el inconveniente de disminuir el respeto debido a la vida privada de los individuos, por el contrario tienen la ventaja insigne de permitir que la verdad se manifieste ante la justicia cualquiera que sea la forma bajo la cual aparezca. Recuerda igualmente el autor que como lo prueba la historia, no ha existido "justicia imparcial y objetiva" en las épocas y países donde faltaron tales garantías, y resume el concepto de las dos formas de inmunidad arriba citadas diciendo: "La inmunidad de la defensa es una derogación al Derecho común. Su campo de aplicación se determina realmente. Se limita a los hechos objeto de la defensa, es decir a los hechos relativos a la causa objeto del proceso".

*"La inmunidad de los magistrados y de sus auxiliares es la aplicación del principio general de Derecho que exige la irresponsabilidad de las personas que realizan un deber encomendado por la Ley, por los actos de su función. Es una inmunidad de función. (Ob cit. págs. 557 y siguientes.)"*

Después de haber examinado la *inmunidad de defensa* bajo diferentes aspectos, estudia el autor la *inmunidad judicial* cuya fundamentación no se encuentra en la Ley por ser inherente a la función misma. Y explica: "Es inherente a la función del magistrado y de todas las personas a quienes incumbe el ayudar al descubrimiento de la verdad. Estas personas son principalmente los testigos y los peritos". "Su situación, dice SAUVÉL, es análoga a la de todos los funcionarios que en el cumplimiento de su cargo están, a veces, obligados a revelar y a revelar a terceros, por ejemplo, a sus superiores jerárquicos, hechos que puestos en conocimiento de éstos resultan difamatorios. (Ob. cit. pág. 574.)"

Para SAUVÉL los beneficiarios de esta inmunidad son, de manera general, todas las personas investidas de una función judicial: la *inmunidad judicial* es el corolario del ejercicio de un derecho. Los actos cometidos en el ejercicio de un derecho no pueden ser calificados de criminales ni implicar responsabilidad penal o civil para sus autores, puesto que adquieren el carácter de hecho justificativo que SAUVÉL enlaza con los artículos 327 y siguientes del Código penal relativos al caso de injurias y ofensas en justicia en el mismo sentido adoptado por el art. 191, núm 1 del Código penal

militar, copiado sobre el Código común. La consecuencia lógica, jurídica y moral de la obligación de testimoniar ante la justicia que la Ley impone al testigo, es en un estado de Derecho, la garantía de la inmunidad por las declaraciones que haga con la finalidad de ayudar a la justicia.

Teniendo en cuenta este fin es por lo que la doctrina y la jurisprudencia han creado en favor del testigo una inmunidad que según frase de SAUVEL "le da la seguridad que no tiene nada que temer diciendo la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, hablando sin rencor y sin temor, cualquiera que sea el perjuicio que de esta forma pueda causar a otro". Análoga a la inmunidad que protege al juez, según la jurisprudencia de los países de alta y antigua cultura política y jurídica, es la que defiende a los testigos, no solamente frente a los procesos por difamación, injuria o ultraje, sino también contra toda acción penal, civil o disciplinaria salvo naturalmente el caso de falso testimonio. SAUVEL termina en términos categóricos su convincente exposición: "Todos los testigos están protegidos, sean simples particulares, funcionarios, oficiales de la policía judicial o peritos, incluso parlamentarios y ante todos los organismos que tengan carácter jurisdiccional". Se sobreentiende que para que sus autores beneficien de las garantías de la Ley las declaraciones de los auxiliares de la justicia hechas ante el juez, bajo su vigilancia, como ante el magistrado que preside la audiencia y que tiene la responsabilidad de la elaboración de los respectivos documentos judiciales, deben referirse directa o indirectamente a los hechos del proceso o a las personas por él afectadas. En otro caso, estas declaraciones serían inútiles y se encontrarían desprovistas de toda relación con el caso enjuiciado, por lo que se registrarían en el acta con las anotaciones establecidas por la Ley de procedimiento para que pudieran recibir el correctivo apropiado. Si ello no fuera así, el honor y la disciplina estarían a la merced de aquellos que por sí mismos o para servir la cobardía y la indignidad de terceros utilizaran rastreramente la vista judicial para difamar, injuriar o calumniar. En manos de jueces capacitados la Ley nunca dejará de proteger a los testigos idóneos,

Lo que resultaría absurdo sería considerar como criminales y punibles las declaraciones de un testigo que al narrar los hechos objeto del proceso o aludiendo a las personas en él mezcladas, califica la conducta de algunas de ellas, cualquiera que sea su posición jerárquica, puesto que esta calificación se refiere a un hecho que ha sido realmente realizado. Sería inadmisibles que la Ley y la jurisprudencia declarasen exento de pena al militar que ante la justicia describe todas las fases de un crimen cometido por un superior y que al mismo tiempo estimasen punible al que en las mismas condiciones emplease para definir estos crímenes las expresiones verbales que en los diccionarios las definen y califican.

De las causas de extinción de la punibilidad enumeradas en el artículo 103 del Código penal militar, sólo la *rehabilitación* es mencionada en los Reglamentos disciplinarios del Ejército y de la Aeronáutica en los arts. 63 y 84, respectivamente, con la misma finalidad de política criminal de extinguir la interdicción consecutiva a la pena de expulsión por incapacidad moral, que prohíbe el acceso a la reserva, así como la admisión para cualquier cargo, función o empleo en los dos Ministerios, el de la Guerra y el de la Aeronáutica. Por el contrario, el Reglamento disciplinario de la Marina, de 1955, guarda silencio sobre la materia, pues en el párrafo único del art. 29 remite a leyes y reglamentos especiales la situación del militar expulsado de su corporación en relación con su posible admisión en la reserva o en el servicio público civil. Resulta que estas leyes y reglamentos especiales todavía no se han ocupado de la cuestión, de manera que para regular su vida en el mundo civil los militares castigados con expulsión o exclusión de la Marina han de recurrir a la justicia militar a fin de obtener el beneficio concedido por el Código penal militar contra la perpetuidad de las penas accesorias que les impiden volver a tomar su actividad normal en la sociedad.

De este modo, las lagunas de la legislación militar en este caso particular crean la anomalía siguiente: si se trata de una *condena criminal* en la que exista una pena accesoria prohibiendo el ejercicio de una profesión o de una función pública, está admitida la *rehabilitación* por vía judicial, ya que la Ley subsidiaria es la legislación común; pero si se trata de exclusión o expulsión como penas disciplinarias, la solución del problema es diferente en la legislación especial, puesto que mientras en el Ejército y la Aeronáutica los Reglamentos disciplinarios en los arts. 34, 36 y 38, 39, 84, 85 y 86, respectivamente, establecen normas para la *rehabilitación* en cuanto al ingreso en la reserva del militar expulsado de una u otra de estas corporaciones, la Marina remite la cuestión a las leyes reguladoras de la organización de los servicios públicos en las que todavía no se encuentra solución.

*La muerte del agente; la revocación de la norma, que ya no considera el hecho punible; la reparación del daño en el caso en que la víctima o el Estado son indemnizados y el perjuicio es causado por un acto involuntario como está previsto en el número sexto del artículo 103 ya citado,* son las causas de extinción de la punibilidad en materia penal militar. Excluidas de los Reglamentos disciplinarios, han de estar presentes, sin embargo, en el pensamiento del mando o del juez para que pueda dejar sin castigo la transgresión cometida: por la muerte del agente la pena pierde su objeto: por la revocación de la disposición que calificaba el hecho de transgresión, la razón de castigar desaparece; si la falta es ligera y el perjuicio es reparado, no ha lugar a castigar en el ámbito disciplinario. Sin embargo, por lo que respecta a las otras cau-

sas de extinción hay que prever una cierta resistencia por parte de aquellos que no estén muy duchos en la materia, porque las razones sobre las que se fundan son jurídicas y esencialmente técnicas y, por consecuencia, inaccesibles para aquellos que no las estudien con el cuidado y la preparación necesarias, contrariamente a lo que sucede para las causas antes mencionadas, que son de naturaleza objetiva.

La *amnistía*, la *gracia* y el *perdón* o *indulto*, así como la *prescripción* son causas de extinción de la punibilidad que en opinión de algunos autores y siguiendo el ejemplo de algunas legislaciones militares, son incompatibles con el objeto del Derecho disciplinario. Como a mi parecer precisamente las instituciones mencionadas deben ser aplicadas en el Derecho disciplinario militar a título de principios generales de Derecho penal militar, he juzgado necesario hacer algunas breves consideraciones a este respecto.

Basándose en la propia Constitución que en el art. 5.º núm. XIV atribuye al Congreso Nacional el poder de "conceder la amnistía" y en el art. 87 concede al Presidente de la República el derecho de "conceder el perdón y conmutar las penas", tras audiencia de los órganos instituidos por la Ley, estas medidas de clemencia han sido admitidas en la legislación penal común y militar, y con la misma finalidad deben ser aplicadas en el Derecho disciplinario militar a pesar del silencio de los Reglamentos disciplinarios. Las fuentes de las tres formas de extinción de la punibilidad con la atribución de la amnistía y de la gracia y la conmutación de la pena, han sido consideradas como una prudente colaboración política del poder legislativo y del Presidente de la República con la actividad específica del poder judicial que termina por una sentencia condenatoria; constatándose que el Congreso Nacional goza de entera libertad en la aplicación de su derecho de amnistiar, dándole así el sentido y la amplitud que las circunstancias le inspiren para el bien de la paz pública y del orden social, conforme a lo que demuestra en todos los terrenos la evolución del concepto de la amnistía y del poder político del Parlamento, mientras que para las otras formas de clemencia la Constitución establece restricciones, puesto que dependen de la opinión de Organos establecidos para examinar esta muy delicada atribución del Presidente de la República.

En tanto que excepcionalmente y para conmemorar fechas nacionales o acontecimientos históricos *el Mando*, en el ámbito disciplinario, perdona las *penas disciplinarias* elegidas como es de rigor entre las menos graves, el Presidente de la República perdona y conmuta frecuentemente *penas criminales* elevadas, impuestas por los más graves delitos.

En su monografía *L'amnistie. Son influence sur le droit disciplinaire*, GEORGES LEVASSEUR observa que la introducción de la amnistía en el campo disciplinario es una idea relativamente nue-



va, pues los problemas que este hecho suscitaba pasaron largo tiempo desapercibidos, pero a pesar de la restricción que hace respecto a la propiedad de adoptar tal medida en el Derecho disciplinario, declara en la conclusión de su estudio que la amnistía de las sanciones disciplinarias tal y como funciona en el Derecho francés, se parece a una rehabilitación legal aplicada a una determinada categoría de individuos. En estas condiciones el autor aconseja evitar la controversia que tales medidas arrastran, pues en Derecho disciplinario el perdón corresponde únicamente a aquel que tiene el derecho de castigar disciplinariamente.

El grupo más numeroso y escogido de autores franceses que han tratado este tema justifican la amplitud del concepto de amnistía adoptado por las leyes modernas en la libertad institucional que caracteriza el poder político del Parlamento permitiéndole la adaptación de esta antigua institución a las nuevas condiciones de vida del mundo contemporáneo, y en las obras sobre derecho constitucional, administrativo y criminal se encuentra mención de leyes de amnistía de todas clases, incluso para casos de disciplina de cuerpos privados. A título de ejemplo, el más antiguo e interesante de este género de amnistía aplicada a una transgresión disciplinaria recordaremos la amnistía decretada en Brasil, en 1922, con la finalidad de eximir de proceso criminal a los alumnos de la Escuela militar que habían participado en el movimiento del 5 de julio de dicho año. Esta norma legislativa es suficientemente instructiva, puesto que la expresión técnica —amnistía— no figuraba en el texto y, sin embargo, esta omisión no impedía el que, como sostuve en aquella época, la Ley fuese interpretada y aplicada como tendente a eximir a estos alumnos de toda sanción penal o disciplinaria. Esta es la tesis que en calidad de abogado de varios beneficiarios de la amnistía decretada por la Ley número 4.632 de 1922, defendí en aquellos momentos en la oposición que hice a la sentencia del Juez Federal.

El caso se presentaba en el texto de la siguiente forma: "El Poder ejecutivo podrá hacer matricular en la Escuela Militar de Realengo los alumnos que hubieran sido desligados o excluidos de dicha Escuela en 1922 *por motivos disciplinarios*. Todas las concesiones hechas a los actuales alumnos podrán serles aplicadas y del mismo modo *quedarán anuladas para todos los efectos* las resoluciones de *desligamiento o exclusión*". En este artículo existen, con toda evidencia, dos proposiciones que se completan: una, autorizando al Poder ejecutivo a matricular de nuevo los antiguos alumnos desligados en 1922, y otra, anulando a todos los efectos las resoluciones por las que habían sido desligados o excluidos. Es, por tanto, innegable que en esta segunda proposición se decretó la amnistía de los alumnos de la Escuela Militar y con esta finalidad fueron combinadas en el Congreso Nacional la aprobación de esta medida con la de otras disposiciones de origen gubernamen-

ral. El poder de conceder la amnistía figurando entre las atribuciones específicas del Poder ejecutivo, tal como fueron fijadas por el art. 34 de la Constitución, ha de concluirse que la proposición transcrita no fué sometida al Congreso ni fué objeto de combinaciones parlamentarias más que con la finalidad de amnistiar a los alumnos de la Escuela Militar que habían sido excluidos de ella en razón de los acontecimientos militares disciplinarios de julio de 1952.

No puede concederse valor alguno a la objeción de que el término "amnistía" no fué empleado en la Ley y que, por tanto, no puede presumirse que el pensamiento del legislador fuese el acordar esta medida de clemencia; pues, en efecto, no sólo la corta, aunque viva discusión de la enmienda que dió lugar al nacimiento del artículo citado demostró claramente que el espíritu de esta medida legislativa era alcanzar la finalidad altamente política de amnistiar a los alumnos militares, siendo con idéntica finalidad votada la enmienda combinada entre los diversos grupos políticos, sino además no es necesario que la palabra amnistía se inserte en el texto de la Ley para que se reconozcan sus efectos jurídicos.

CARLOS MAXIMILIANO, estudiando la cuestión, dice muy acertadamente: "En general, el decreto concediendo la clemencia emplea la palabra técnica *amnistía*. Sin embargo, no es esencial el que lo haga. En Francia el Tribunal de Casación estableció, en 26 de agosto de 1953, que el perdón general podía derivarse de los términos del decreto en su conjunto, aun faltando la palabra específica". (*Comentarios a Constituição*, p. 410.)

En su tesis sobre la amnistía, LOUIS CABAT afirma que "para que una disposición produzca los efectos de la amnistía no es necesario que en ella se inserte la palabra misma ni que declare expresamente conceder la amnistía a los autores de tales o cuales infracciones: basta con que la disposición presente en su conjunto los caracteres constitutivos de la amnistía". (*De l'amnistie*, 1904, página 47). Y previniendo en las conclusiones de su tesis la posibilidad de una ley oscura, aconseja prudentemente: "Los tribunales aplicarán la interpretación favorable a los reos, como constituyendo el verdadero sentido de la amnistía, siempre que nazcan dudas por la oscuridad del texto". (Ob. cit. pág. 201.)

En la opinión de BLACK: "Amnistry obliterates the offenses, declares that the government will not consider the thing done punishable, and hence operates in favour of all persons envolved in it whe ther intended and specified or not". (*Handbook of American Constitutional Law* 3 d. ed. p. 322.)

De este modo, perfectamente determinado y comprendido el pensamiento del legislador, yo sostuve que se debía juzgar extinguida la acción penal respecto a los alumnos de la Escuela Militar a tenor del art. 71 núm. 2.º del Código penal, puesto que estos

alumnos habían sido amnistiados por el Congreso de acuerdo con el artículo que antes transcribimos (GOMES CARNEIRO, *Os sucessos militares de julho de 1922*, Río, 1933, pp. 31 y 32). La tesis, que fué refutada por el Ministerio público, no llegó a alcanzar resolución por fallo, porque la prescripción extinguió la acción penal iniciada contra estos alumnos, y con la victoria de la Revolución en 1930, un Decreto-ley del Gobierno de hecho, amnistió a los alumnos militares sin que el Tribunal Supremo hubiese decidido sobre la tesis jurídica.

Más recientemente, dos nuevos textos legislativos han ilustrado en el Brasil la aplicación de la amnistía en materia disciplinaria: la Ley 2.839 de 2 de agosto de 1956, que amnistió las penas disciplinarias de los funcionarios civiles, y el Decreto legislativo número 22 de 23 de mayo del mismo año, que concedió la amnistía a los militares y civiles participantes en la insurrección militar dirigida contra el Gobierno. La Ley núm. 2.839 versaba sobre la anulación de las penas aplicadas a los funcionarios civiles y la cancelación de faltas no justificadas, y tendía a resolver la materia exclusivamente disciplinaria de la Administración civil sometién-dola a la reglamentación del Decreto de 17 de septiembre del mismo año 1956, como lo demuestra su texto, y aunque en ella no se emplee el término técnico, la Ley núm. 2.839 fué, en realidad, una Ley de amnistía, del mismo género que otras leyes de naturaleza fiscal.

El Decreto legislativo núm. 22 de 1956 apuntaba, por el contrario, a objetivos políticos infinitamente más graves, como puede verse por el texto de su art. 1.º: "Una amnistía amplia y sin restricciones es concedida a todos los civiles y militares que directa o indirectamente han tomado parte en los movimientos revolucionarios surgidos en el país a partir del 10 de noviembre de 1955 hasta el 1 de marzo de 1956, incluso cuando se trató de una desobediencia a las órdenes de sus superiores; todos los procesos *criminales y disciplinarios* relativos a dichos casos deberán ser absolutamente silenciados en el porvenir". Por esta disposición el Congreso Nacional amnistió: a) al General Henrique Teixeira Lott y los que estuvieron a sus órdenes en los "movimientos revolucionarios" del 10 y 21 de noviembre de 1955; b) a los aviadores que participaron en el episodio de Jacaré-Acanga; c) a los militares que en los movimientos de noviembre se negaron a obedecer las órdenes del General Lott, el cual continuaba ejerciendo el cargo de Ministro, del que había dimitido; y d) a los aviadores que se negaron a combatir contra los rebeldes de Jacaré-Acanga. En la época en que se elaboraba la Ley de amnistía ya la justicia militar había absuelto al primer grupo de Oficiales del Ejército que no había ejecutado ni hecho ejecutar por las unidades de su mando las órdenes del General Lott por considerarlas ilegales. La extensión de la amnistía al terreno disciplinario militar que preconicé como

principio general de Derecho penal aplicable al ámbito disciplinario ha sido determinada por leyes temporales del género de las citadas sin agotar la serie, lo que demuestra que el asunto ya no permite controversia. Ya no es la doctrina o la jurisprudencia adaptando a la realidad una institución que no se encontraba en la Ley; es la Ley la que ha creado un concepto nuevo para esta institución, es la propia Constitución la que concede al Congreso, entre sus poderes, la facultad de "conceder gracia y conmutar las penas"; atribución privativa del Presidente de la República en los términos del núm. 19 del art. 87 de la Constitución especificada entre las causas de extinción de la punibilidad en la legislación penal común y militar; pero que como se ha visto no figura en los Reglamentos disciplinarios.

La omisión en los Reglamentos disciplinarios militares de la atribución conferida al Presidente de la República por la Constitución de perdonar y conmutar las penas disciplinarias militares, precisamente aquellas que resultan de un proceso en la jurisdicción disciplinaria militar donde el Presidente de la República debe intervenir en calidad de Comandante Supremo de las Fuerzas armadas, no puede privarle de ejercer en relación con las penas disciplinarias la misma facultad que ejercita para perdonar y conmutar las penas criminales, puesto que las disposiciones que se encuentran en los Reglamentos disciplinarios servirán entonces como simples reglas de proceso ordinario en materia disciplinaria. La ausencia de referencias al poder que corresponde al Presidente de la República por un precepto constitucional, es una de las pruebas de la negligencia con la que ha sido elaborada la legislación disciplinaria militar.

El Reglamento disciplinario del Ejército (1942) permite, por ejemplo, en el art. 57, que el Presidente de la República y las Autoridades mencionadas en el art. 37 anulen, levanten, alteren o agraven los castigos disciplinarios que hubiesen sido impuestos, especificando que únicamente en el caso de eminentes servicios a la Nación prestados por el culpable, pueden, el Presidente o el Ministro de la Guerra, levantar o anular las penas por ellos aplicadas o determinadas, y esto en el plazo máximo de un año, restricción que no parece corresponder al texto constitucional en lo que concierne al poder de indultar en materia disciplinaria, pues en las Fuerzas armadas no existe ningún órgano administrativo que pueda conceder este poder. Los otros Reglamentos —el de la Aeronáutica, en 1943, y el de la Marina, 1955— tratan de la cuestión casi en los mismos términos en los arts. 53 y 37, respectivamente, pero aunque comparan las atribuciones del Presidente de la República a las de los respectivos Ministros, no fijan plazo para el ejercicio de la facultad de *levantar* las penas disciplinarias.

La conclusión que se puede obtener es la de que extendido a las penas disciplinarias el poder de remitir y conmutar las pe-

nas criminales que la Constitución atribuyó al Presidente de la República, carece de sentido jurídico, moral y militar, el plazo de un año fijado en el Reglamento disciplinario del Ejército para que pueda levantar toda pena impuesta por él mismo o por cualquiera otra autoridad militar. En este caso como en los demás no podría hacerse prevalecer, por el hecho de su inconstitucionalidad, la absurda disposición de la Ley de Organización del Ministerio del Ejército designando al Ministro del Ejército Comandante en Jefe del Ejército en tiempo de paz por delegación permanente del Presidente de la República.

*La prescripción de la acción y de la pena disciplinaria*, última causa de la extinción de la punibilidad que nos queda por examinar, es un tema que desprovisto de fórmula adecuada en la legislación sobre la disciplina militar, no ha merecido aún en el Brasil la atención de la doctrina ni de la jurisprudencia, pero que, sin embargo, constituye una materia de interés jurídico.

Radicalmente opuesto, como lo soy, a la prescripción penal, no podría jamás, por consecuencia, adoptarla en la legislación disciplinaria. Para mí ninguna de las razones sobre las que se fundan las teorías creadas para justificar la prescripción penal resiste a la crítica; es una institución insostenible, jurídica y moralmente, que ha quedado en los códigos como una *tradición* y que los legisladores conservan rodeando su aplicación de todo un severo mecanismo de restricciones, lo que constituye un verdadero contrasentido. Partidario de esta medida que incluyó en su "Anteproyecto de Código" que es en Suiza ley en vigor, ERNST HARTER consideraba igualmente inconcebible que si la ley adopta este medio de extinción de punibilidad, la misma Ley busque por otra parte medidas que tiendan a evitarla. Se puede admitir que sea jurídicamente justo declarar la prescripción penal si previamente se ha constatado en justicia la imposibilidad de comenzar el proceso por falta de pruebas, y esto con la finalidad de obtener la tranquilidad social asegurada solamente por la liquidación definitiva de la controversia por medio de una decisión judicial declarando extinguida la punibilidad. Pero, cuando el acusado está condenado, ninguna razón puede justificar la prescripción de la pena, puesto que en todos los sistemas legislativos existen medios de defender los intereses de la justicia para el caso en que hubieran desaparecido las razones de ser del castigo. Si se acepta el argumento de que el culpable ya está bastante castigado por la inquietud y las tribulaciones que ha sufrido después de su condena, estaríamos en el caso de repetir con el profesor LOGOZ: "El Estado podría hacer grandes economías renunciando a perseguir y dejando simplemente que la prescripción corriera." (*Commentaire du Code Pénal Suisse*, fasc. IV, pág. 300).

En el ejercicio de mis funciones como Magistrado, he tenido que aplicar la prescripción, porque tenía que obedecer a una ley

que no tenía autoridad para modificar por mi sentencia, ni poseía inmunidad que me permitiera violarla bajo el pretexto de interpretar su sentido; pero como jurista, llamo la atención cada vez que la ocasión se presenta sobre el error que constituye el adoptar íntegramente en la Legislación penal militar los principios de la Ley penal común sin prever las situaciones reales de la vida militar, tanto en tiempo de paz como de guerra. La extinción de la punibilidad, tanto de la acción penal como de la condena, es una medida que no soporta el análisis científico porque en uno y otro caso depende exclusivamente de un cierto plazo fijado arbitrariamente por el legislador, y es una *tradición* jurídica que los Códigos penales conservan, como lo ha hecho notar FERRI, bajo la influencia de las medidas del mismo género que existen en el Derecho civil donde, en cambio, ciertamente el interés del Estado se une al interés individual, por lo que es lógico que la Ley considere extinguido el derecho de actuar o de reclamar en justicia cuando ha transcurrido un cierto lapso de tiempo sin que las partes en disputa hayan liquidado su litigio.

En la rama penal militar y, por consiguiente, en la rama disciplinaria militar el interés predominante de la sociedad que se funde con el del Estado exige forzosamente una solución diferente, pues en materia militar la represión penal y la disciplinaria tienden a garantizar el orden, la disciplina y la seguridad nacional, condiciones esenciales para la existencia del País. Por ello la extinción del derecho de castigar no puede justificarse por el simple transcurso de aquel lapso de tiempo que el legislador cree o supone razonable para no poder iniciar el proceso o ejecutar la pena. Más aún que la represión penal propiamente dicha, que reclama para su ejecución un proceso penal regular, la represión disciplinaria, dadas las condiciones especiales del medio militar y la naturaleza particular de su objeto, necesita para ser eficaz su aplicación inmediata, con el fin de lograr su efecto psicológico de precepto conminatorio permanente que debe arrastrar el mínimum posible de formalidades. La prescripción de la acción y de la pena disciplinaria se encuentran en desacuerdo con tales objetivos.

En el Brasil, la prescripción en el ámbito disciplinario fué preconizada por primera vez por CLOVIS BEVILAQUA que la adoptó en el art. 79 de su "*Proyecto de Código disciplinario para la Marina brasileña*", cuyo enunciado fué adoptado por el Almirante MARQUES LEAS en el art. 78 de su proyecto (*Arquivo de Direito Militar*, III, núm. 3, págs. 259 y 298). Bajo la influencia de las ideas de CLOVIS BEVILAQUA el *Reglamento interno de los servicios generales del Ejército* de 1913 ha incluido entre sus preceptos revolucionarios el principio de la prescripción en materia disciplinaria que se encontraba en el proyecto citado, pero este Reglamento no duró lo bastante para permitir que fuese aplicada la nueva

disposición. A mi juicio, dado que la prescripción se introdujo en el Código penal militar por los arts. 105 a 115 siguiendo el sistema del Código común, debe ser igualmente aplicable en materia disciplinaria en virtud de lo establecido por el art. 16 ya citado, y habida cuenta de las adaptaciones impuestas por las particularidades de la rama disciplinaria que habrán de servir de criterio al Mando para aplicarla cada vez que ello se encuentre justificado, en espera de que la ley zanje definitivamente la cuestión. En la legislación disciplinaria militar se entrevé la existencia de la prescripción de la acción disciplinaria en los Reglamentos de la Marina y de la Aeronáutica. Por otra parte, se encuentran en otras disposiciones de los Reglamentos disciplinarios preceptos específicos de *decaimiento del derecho* a los que el Mando dará una aplicación adecuada cuando, con la mayor comprensión de la misión moral de la Ley disciplinaria, se interese en aplicar el *principio de oportunidad*.

La legislación comparada y los autores europeos ofrecen ejemplos de la adopción de esta institución y razones válidas en su favor. Hasta la primera Guerra Mundial, dos legislaciones militares admitían la prescripción en materia disciplinaria y éstas eran la legislación alemana y la austríaca. Por otra parte, y ante el silencio de la legislación suiza, LEO WEBER, que juzgaba inadmisibles que se considerasen imprescriptibles las infracciones disciplinarias únicamente por el hecho de no existir disposición legal referente a ellas, buscó la solución de la dificultad interpretando los textos de la parte general del Código militar de su país. Sin embargo, para los juristas suizos, las conclusiones obtenidas por LEO WEBER no tenían otro valor que el de un expediente y no podían servir para la elaboración de un derecho nuevo como lo señala ERNST HAFTER cuando trata de la cuestión en su célebre *Exposición de motivos del Anteproyecto del Código Penal militar*, trabajo en el que apoyándose en el Derecho alemán y Derecho austríaco, creó la doctrina que con ligeras modificaciones fué adoptada en materia de prescripción de la acción disciplinaria y de la pena disciplinaria en el Código Penal militar suizo de 1927, aún en vigor.

El Código suizo establece lo siguiente en su art. 183: "1. El derecho de castigar disciplinariamente prescribe a los seis meses; si el hecho da lugar a la apertura de un procedimiento judicial, la prescripción queda en suspenso hasta la terminación del procedimiento.—2. Las penas impuestas por una falta disciplinaria prescriben a los seis meses.—3. La prescripción no se encuentra sujeta a interrupciones.

Aún más reciente, la legislación militar de la República Federal alemana, manteniendo respecto a esta institución la doctrina seguida por el Imperio y por el régimen de la Constitución de Weimar, establece en el parágrafo 41 de la *Ordenanza disciplina-*

ria de la fuerza armada (WEBER, *Disziplinar ordnung*) del 15 de marzo de 1957: "Las penas disciplinarias no pueden ser ejecutadas pasado el plazo de seis meses. Este plazo se inicia el día en que ha sido dictada decisión firme, pero cesa si la ejecución ha comenzado antes de su expiración." En cuanto a Austria, no conozco su legislación militar para poder ilustrar el tema, pues el régimen político en vigor en dicho país le prohíbe la organización de una fuerza armada.

Entre los que defienden la prescripción en la rama disciplinaria es preciso citar en Francia al Intendente Militar SILLIBRES, quien criticando el que la legislación de su país no incluyera esta institución, se pregunta si un castigo aplicado largo tiempo después de la comisión de la falta, alcanzaría su verdadera finalidad, que consiste en el mantenimiento de la disciplina, o si, por el contrario, no sería considerado como una injusticia. Para llenar esta laguna, SILLIBRES propone la transferencia al derecho disciplinario de los principios generales del Derecho penal común y la admisión de la prescripción que podría fijarse en un año, como ocurre para las contravenciones penales. En cuanto a las sanciones especiales privativas de los militares profesionales, admite SILLIBRES que la falta cometida torna su autor inapto para su función, puesto que le despoja de su prestigio, perjudicando la eficacia de su mando, pero admite que para las sanciones que afectan a la situación material del culpable y que se prevén en los diferentes Estatutos jurídicos, no debe haber prescripción o por lo menos tendrían que ser sus plazos ampliamente aumentados.

Personalmente, yo no recomiendo la prescripción ni en Derecho penal militar ni en Derecho disciplinario militar; pero puesto que se encuentra admitida en la Ley penal militar en virtud de la disposición del art. 16, considero que deberá aplicarse en materia disciplinaria.

Junto a los juristas suizos que apoyan el punto de vista de su derecho escrito, MANLIO DO CASSIO, de la justicia militar italiana, manifestó su opinión en cuanto a la aplicación de los principios generales del Derecho penal y del Derecho disciplinario en los siguientes términos: "*La genericità dei pretti sostantive e rituali contenuti nel diritto disciplinare offre larghe possibilità di equivocare in materia, purtuttavia bisogna convenire che i precetti, le cui violazioni possono condurre alla privazioni della libertà personale devono essere amministrati secondo i principi generali di diritto. (Diritto Militare e Disciplinare, 1951-52, pág. 51.)*

Ejercitándose fuera de los Tribunales judiciales sujetos a las normas rituales y a las reglas generales del Derecho, la jurisdicción disciplinaria militar constituía para este jurista militar italiano un delicado problema cuya importancia se acrecía por la pena de privación de libertad.

Conviene, por último, hacer notar que las causas excluyentes



de la imputabilidad previstas en el Código Penal militar deben influir igualmente sobre la apreciación del grado de responsabilidad del agente en las transgresiones disciplinarias, hayan sido o no especificadas dichas causas en los Reglamentos disciplinarios. Aunque la capacidad física y mental del recluta y del militar profesional sufra un reconocimiento en el momento del examen sanitario que precede y justifica su incorporación a filas, nada nos garantiza que no aparezca en el curso de su tiempo de servicio alguna de las causas psicopatológicas o psicológicas que de acuerdo con la Ley penal militar producen la impunidad del agente por abolir su responsabilidad, y ello tanto en el supuesto del delito como en el de la transgresión disciplinaria. La especie del daño causado por el agente en la transgresión disciplinaria no permite aplicarle las medidas de seguridad previstas para los casos de crimen militar. Por ejemplo, si una transgresión ha sido cometida por un recluta y se aprecia en él la existencia de una enfermedad que lo excluye del servicio militar, esta exclusión, establecida con las formalidades fijadas por la Ley para el reconocimiento médico, se hará de acuerdo con el Reglamento del servicio militar, y el enfermo volverá a la vida civil. No hay duda de que nadie podrá sostener que porque los Reglamentos disciplinarios no se pronuncien sobre la materia, la exclusión del autor no constituye en este supuesto una aplicación del principio general de Derecho penal de la no imputabilidad del enfermo mental.

El *Mensaje del Consejo Federal a la Asamblea Federal suiza* consideró superfluo el extender, por extensión pura y simple, los principios generales de Derecho penal militar a la materia disciplinaria, con excepción de los que habían sido especificados. La razón alegada es que dado el carácter de simplicidad que, en general, tienen las faltas disciplinarias y el hecho de que el proceso disciplinario es menos formalista que el proceso penal propiamente dicho, serían muy raros los casos en que se plantearían cuestiones de Derecho penal de difícil resolución. Así, los preceptos sobre la responsabilidad, la tentativa, la participación, la legítima defensa, el estado de necesidad, etc., no tenían necesidad de figurar en la Ley disciplinaria. Debo declarar que las consideraciones de este *Mensaje* no me han convencido. El hecho de que en la mayoría de los casos no existan graves problemas que resolver en la jurisdicción disciplinaria, no debe impedir al legislador el admitir su posibilidad porque en toda acción u omisión constitutiva de una transgresión disciplinaria al igual que en toda acción u omisión constitutiva de un crimen militar, nos encontramos siempre frente al problema de la culpabilidad que arrastra todas las soluciones jurídicas especificadas en nuestro país en la parte general del Código Penal militar.

## CONCLUSIONES

### I

La acción penal militar y la acción disciplinaria militar, *atributos del mando militar*, que tiene el privilegio de su iniciativa, son los instrumentos de la Ley penal militar y de la Ley disciplinaria militar en sus Jurisdicciones respectivas, y así, las relaciones entre estas dos acciones deben ser las mismas que existen entre las dos leyes; y por consecuencia, las condiciones del ejercicio de la acción penal deben extenderse al ejercicio de la acción disciplinaria, es decir, los principios generales de la Ley penal militar relativos a la acción penal militar, por su carácter de relaciones jurídicas fundamentales, son aplicables a la acción disciplinaria militar, con las restricciones impuestas por el fin especial del Derecho disciplinario, en las mismas condiciones que los principios generales del Derecho penal común son extensivos al Derecho penal militar.

### II

Derecho estatutario, en virtud de su carácter punitivo de las violaciones de relaciones de Derecho público de la importancia de las establecidas por la incorporación al Ejército, el Derecho disciplinario militar tiene su fundamento natural en la ley elaborada en el Parlamento. No es admisible que se ignore la naturaleza penal de las infracciones disciplinarias, asimiladas a las contravenciones penales de Derecho común, y que se ignore la naturaleza jurídica de las penas disciplinarias, que en sus formas más severas llevan consigo la privación de libertad equivalente a una real pena criminal y la expulsión de la corporación correspondiente a la pena accesoria de incapacidad para ejercicio de la función pública adoptada en el Código penal militar, con sus graves consecuencias jurídicas.