

SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO PENAL MILITAR (*)

por Carlos J. COLOMBO

Teniente Coronel Auditor. Profesor en la
Universidad de Buenos Aires y en la
Universidad Católica de El Salvador

§ 1

PRESUPUESTOS

1. *Delimitación de los conceptos de sustantividad o autonomía de una disciplina jurídica.*—Para establecer si el Derecho penal militar tiene sustantividad —por algunos denominada “autonomía”— es indispensable partir de la base firme de la configuración de esos conceptos, porque de otro modo se correría el riesgo de suscitar un recelo inicial de parte de quienes, con razón, se oponen al desmembramiento o “atomización” del Derecho penal.

Autonomía no significa independencia, tampoco aislamiento. SANTI ROMANO: *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, pág. 18, Milano, 1947. Giuffrè, luego de aludir a las diferentes acepciones jurídicas de la palabra “autonomía”, sostiene que “un ordenamiento que se constituye sobre la base de otro superior no se confunde o amalgama, por lo menos siempre y necesariamente con este último; puede permanecer bien distinto de él. Sin duda,

(*) El presente trabajo ha sido galardonado con mención honorífica por la *Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* con ocasión del otorgamiento del premio instituido por dicha sociedad, al ser uno de los cuatro trabajos seleccionados por el Jurado para la votación definitiva entre los veinte que fueron presentados.

Los dos ordenamientos se hallarán en conexión el uno con el otro, y esa conexión será, según los casos, más o menos estrecha, pero por regla, no se resolverá en una verdadera y propia identidad. De donde la posibilidad que concurren los extremos de la autonomía, la cual, nótese bien, implica una independencia que, sin embargo, no es necesario que sea absoluta, sino que tolera toda una serie de gradaciones". El autor citado completa así su pensamiento: "En sustancia, deben distinguirse diversos tipos de autonomía, cada uno de los cuales implica una mayor o menor separación, por así decirlo, del ordenamiento que deriva del que constituye la base" (pág. 21).

2. *Autonomía*.—Denota, pues, una diferenciación no absoluta; se aplica (con propiedad) cuando entre los extremos de la comparación hay una separación que no sólo no es total, sino que en la naturaleza de aquéllos se revela una interferencia o compenetración: no hay ruptura completa de ligámenes; en otros términos, no existe independencia, sino interdependencia. Autonomía, en la materia que consideramos, debe, pues, traducirse por sustantividad, especialidad o especificidad del Derecho penal militar. El Derecho es uno; todas sus ramas nacen y se reconducen al tronco común, pero, unas antes, otras después, han venido adquiriendo individualidad propia, a medida que la definida y creciente especialidad de sus materias respectivas tornaba incompatible el estudio, hasta entonces conjunto. La fuente de la diferenciación ha radicado o en la afinidad entre un gran número de bienes o intereses que han requerido tutela especial (en el sentido de diferente), pasando ellos a formar una categoría fundamental dentro del ordenamiento, con caracteres propios, o en el vínculo entre el bien y el interés, por un lado, y la calidad investida por los sujetos, por otro, así: comerciante, acto de comercio, derecho comercial; en lo que se refiere a la materia penal, los llamados "derechos penales especiales".

3. *¿Conjunto de derogaciones?*—Por arrastre histórico, generalmente la nueva rama ha sido considerada, en los primeros tiempos, sólo como un conjunto de derogaciones de la rama madre; sólo posteriores desarrollos de la recién formada han significado el reconocimiento de su individualidad.

En lo que atañe al Derecho penal militar, en relación al común, una legislación especial sobre la materia que constituye su objeto, sin retroceder al fondo de los tiempos donde habría que ver qué existió primero, recordemos que ya en el Digesto existían reglas definitivas del delito militar, de manera que, *ab ovo*, no se sabría qué derogaría a qué; sin incurrir tampoco en la exageración a que alude RAMÓN MÉNDEZ ALANIS: "las leyes penales militares han sido el vigía que debió guiar siempre a los filósofos del crimen" (*Legislación Militar*, tomo I, pág. 77, Habana, 1896), bastaría con remitirse a las ilustrativas referencias de THEODORO MOMMSEN sobre la coexistencia y relaciones recíprocas entre el ordenamiento civil y el militar (*Compendio de Derecho público romano*, págs. 163 y siguientes), traducción de P. Dorado, Madrid, 1893.

4. *Prioridad temporal*.—La legislación militar casi como ninguna otra surgió en el pasado más remoto a impulsos del "sentimiento de necesidad que acompaña las manifestaciones del Derecho", de que hablaba SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, tomo I, pág. 31, traducción de Mesia-Poliz, Góngora, Madrid, 1878.

5. "*Jus singulare*".—La indicada manera de valorar como conjunto de derogaciones lo que, en cambio, no es sino la exteriorización de una individualidad propia, es afín a la que confunde Derecho especial con *jus singulare*, error que, sin embargo, puede considerarse ya puntualizado por el mismo SAVIGNY: "La limitación del Derecho a una cierta clase de personas no es, pues, lo que constituye un *jus singulare*. Cuando se establece un *jus singulare* para una cierta clase de personas, no se trata entonces, como en el Derecho normal (*aequitas*), de establecer una regla común para todos los intereses, sino —en virtud de un principio de utilidad extraño al Derecho —de constituir para esta clase una ventaja o un perjuicio. En el primer caso, el más frecuente, el *jus singulare* se llama también *beneficium*. Como ejemplos del segundo caso, se pueden citar los principios del Derecho romano relativos a los herejes y a los judíos" (op. cit.).

Pues bien; en lo que atañe a la precedencia de origen de las respectivas legislaciones, también los antecedentes argentinos con-

firman, por una suerte de reproducción del afloramiento de las necesidades primigenias, la preocupación inicial del Estado por la regulación de las instituciones vinculadas a las necesidades militares. Ello explica el abundante caudal de decretos, resoluciones, leyes, etc. dictados por nuestros primeros Gobiernos patrios sobre materia militar y los reiterados esfuerzos en pro de la codificación propia, campo en el que tampoco la disciplina castrense puede considerarse inferior a la común.

6. *Legislación y Derecho. Correlación obligada entre las distintas ramas.*—Para la teoría de que nos ocupamos, la legislación penal militar tendría sólo una especialidad negativa constituida por la parte o partes que involucrarán derogaciones de lo común; la sustantividad no podría ser reconocida a aquélla, porque la zona más grande no se reconoce común, propia de ambas, sino que se conceptúa de dominio originario y exclusivo de la última, apropiada por la castrense. Sin embargo, esa forma de razonamiento subvierte los antecedentes históricos. Fácil sería comprobar las incompatibilidades que los dos ordenamientos ofrecen. En este ensayo se ponen de manifiesto muchas. Un mismo acto, con suma frecuencia, lesiona bienes o intereses distintos o diferentemente valorados por el Derecho penal militar y el común; es evidente que si esas dos bases fundamentales cambian, no puede haber igualdad de regulación jurídica, ni identidad de legislación y de rama jurídica. No confundimos legislación con Derecho, pero tampoco deja de ser exacto que la existencia de legislaciones separadas es, por de pronto, punto de apoyo favorable para el reconocimiento de la sustantividad. No hay déficit de legislación castrense frente a la común ni dependencia que la disminuya; hay coincidencias originadas en que ambas regulan lo ilícito penal; hay divergencias en cuanto los puntos de partida y las metas pueden ser diferentes. Si por comodidad legislativa en algunos ordenamientos existen remisiones de la legislación penal militar a la común y si ello es posible, es porque esas dos ramas jurídicas emanan del mismo tronco. La indicada "comodidad" resulta manifiesta con sólo leer los debates de la Comisión italiana que estudió el proyecto que dió origen a los Códigos penales militares de 1941.

El carácter complementario de una rama respecto de otra u

otras, existe siempre —aunque no se diga de manera expresa, como lo hacen algunos Códigos penales militares— desde que, como ha expresado MANZINI (*Trattato di Diritto penale militare italiano*, tomo I, pág. 48): “Las relaciones entre los varios ordenamientos jurídicos son relaciones no sólo de contribución y de convergencia genérica, ni solamente de integración metodológica, sino de verdadero y propio complemento, de homogéneo carácter funcional y de convergencia específica, y porque estas ciencias aparecen ligadas en un solo todo bajo el aspecto del método”.

Fúndase en la existencia del reenvío por parte de algunos Códigos penales militares al Código penal común para negar sustantividad al Derecho penal militar, significa, aquí sí, confundir legislación con Derecho, y enfocar la cuestión desde un punto de vista unilateral. *Lo que corresponde es indagar si el Derecho penal militar tiene un ámbito material propio y exclusivo, derivado de la naturaleza particular de la conducta que regula, de las relaciones que tiene en miras y de los bienes o intereses jurídicos que protege.* En otras palabras: si existe un ordenamiento jurídico militar y si éste tiene un grado tal de especialidad *permanente*, dentro del ordenamiento jurídico general, que torne *necesaria* su individualidad y su consideración separada.

§ 2

INFRACCIONES ESENCIALMENTE MILITARES. INFRACCIONES “MILITARIZADAS”. DELITOS COMUNES

1. *Las infracciones sometidas a la jurisdicción militar. Clases. Naturaleza.*—El ámbito de la jurisdicción militar, combinadas las reglas establecidas por el C. J. M., *ratione materiae* y *ratione personae*, en lo fundamental y “en todo tiempo” (tiempo de paz y tiempo de guerra), abarca tres clases de infracciones: las *esencialmente militares*, las *militarizadas* y las *comunes*. Respecto de las dos primeras, cuando el sujeto activo es militar, siempre; con relación a la última, si el sujeto activo es militar que desempeña un acto del servicio, o la comete en lugar militar, o durante los desembarcos o permanencia en territorio extranjero, en este úl-

timo caso, cuando no haya sido juzgada por las autoridades de dicho territorio.

El punto de partida, el enfoque inicial de este ensayo, del cual las conclusiones que en su desarrollo se concretan, son sólo consecuencias; consiste en el cambio de la base sobre que ha de asentarse, a mi modo de ver, la construcción referente a la determinación de la naturaleza de las infracciones esencialmente militares y de las militarizadas. Esa base suele concretarse en la exigencia del requisito: sujeto activo, militar. Me parece, por el contrario, que *el centro de gravedad debe ser volcado hacia la naturaleza del bien o interés jurídico tutelado.*

Desde el punto de vista aquí pertinente, el ordenamiento jurídico se halla ante *tres tipos de bienes o intereses a tutelar*: los que tienen entidad *exclusivamente* militar; los que, *a la vez*, tienen entidad militar y común, y los que *sólo* tienen entidad común; dicho en otros términos: el acto del sujeto activo (sea éste militar o no) puede comprometer un bien o un interés que es sólo militar, o que, al mismo tiempo, es militar y común, o, finalmente, que en nada afecta a lo militar (infracciones comunes).

2. *Incidencia de la naturaleza de los bienes protegidos.*—Claro es que la cuestión no es tan simple, porque los bienes o intereses mismos son los que, frecuentemente, se interfieren o se entrelazan para constituir una trama compleja. Así, hay infracciones en las que la concurrencia de un bien o interés militar y común no es sólo *simultánea*, sino que una valoración adecuada permite advertir que en ellas el bien o interés militar *prevalece* sobre el común; en mi concepto, esta categoría y aquella otra en que el bien o interés es exclusivamente militar, forman la que (en la terminología del Código de Justicia Militar) corresponde a las infracciones esencialmente militares. En otros casos, entre los bienes o intereses amparados, de distinta naturaleza, se produce una situación de *equilibrio*: ninguno de los dos predomina sobre el otro, no obstante lo cual el ordenamiento castrense asume la función de reprimir, porque le ha parecido *insuficiente la descripción de la figura* efectuada por el ordenamiento común o inadecuada la *sanción*, de donde las infracciones militarizadas, por ejemplo, art. 770. Por último, si el bien o interés protegido no es

de entidad militar, el ordenamiento castrense o no se ocupa en absoluto de él, o sólo trata aspectos *que no constituyen elementos constitutivos de la figura*, sino circunstancias que hacen a la individualización de la sanción. (Corresponde advertir que, en la doctrina corriente, el concepto de infracciones militarizadas no es el que aquí se ha dejado consignado, sino que se lo asienta sobre la hipótesis de la lesión *contemporánea* a bienes o intereses comunes y militares, aunque exista predominio de estos últimos.)

3. *El ámbito de cada ordenamiento. Los grandes factores: disciplina y eficiencia del servicio.*—Lo hasta aquí expuesto atañe, en lo fundamental, a lo que podríamos denominar *relación entre los ámbitos materiales* del ordenamiento militar y del común; hay, pues, una relación de trascendencia o proyección *externa* del primero. Pero aún *dentro* del ordenamiento militar, la situación de predominio o equilibrio entre bienes o intereses, todos ellos militares, produce un juego en cuya virtud las infracciones se clasifican según la entidad intrínseca de cada uno de ellos. En efecto, el orden político-constitucional del Estado establece las finalidades propias de las instituciones armadas en cuanto en ellas en última instancia radica la fuerza que permite la realización del derecho y el núcleo vital como órgano de la defensa nacional; para que el logro de las finalidades señaladas no desvanezca en puro lirismo, las dota de idóneos medios de realización. Por tanto, los bienes o intereses de entidad militar son los que se vinculan a las finalidades y medios de realización de las Fuerzas Armadas. La eficiencia de estos medios, a su vez, exige la concurrencia de dos factores de indispensable presencia: el elemento psicológico o anímico, la disciplina, y el elemento material, la eficiencia del servicio; en otros términos, la *función* y el *espíritu de ejecución* de la función. Entre la disciplina y la eficiencia del servicio media la relación que va de alma a cuerpo.

4. *Consecuencias de las premisas establecidas.*—De lo expresado surge: A) Que las infracciones esencialmente militares pueden clasificarse en tres grupos, según el contenido del acto (o, en otro sentido, el fin de la norma): a), los que se oponen a las finalidades de las instituciones armadas; b), los que menoscaban la

disciplina, y c), los que comprometen la eficiencia del servicio. B) La segunda consecuencia consiste en que, como puede ocurrir, con un *mismo acto*, el sujeto activo vulnera la disciplina y trabe la eficiencia del servicio, *al legislador se le plantea el problema de cuál de esos dos medios de realización ha de considerar predominante en una hipótesis concreta; la solución varía de legislación a legislación*; en Argentina, por ejemplo, la desobediencia, que lesiona la disciplina y también el régimen de servicio, ha sido catalogada como infracción contra la disciplina; la desertión, que compromete la eficiencia del servicio y, además, la disciplina (sobre todo en tiempo de guerra), ha sido ubicada bajo el rótulo de infracción contra el servicio. No corresponde explicar aquí cuál ha sido el criterio seguido para la adopción de esas soluciones, pero sí destacar que la predominancia existe y que la ubicación de las infracciones, como se podrá apreciar en el transcurso del ensayo, lejos de producir incidencias meramente doctrinales, origina consecuencias prácticas, importantes en grado superlativo, que la ley misma ha concretado en preceptos.

Puede anticiparse, en mérito de lo señalado, que *la sustantividad del Derecho penal militar no se apoya sobre la construcción eventualmente artificial derivada sólo de la existencia de un cuerpo de leyes represivas especiales, sino que tiene su razón de ser en la índole particularísima de una de las funciones vitales del Estado, hecho que aparece como consecuencia la concreción de un ordenamiento jurídico específico que describe una órbita paralela a la del ordenamiento general.*

Valiosísimos trabajos publicados en la *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*; meditadas ponencias en los Congresos organizados por la *Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*; eruditos estudios que vieron la luz en la *Rivista di Diritto Penale Militare* y en la actual REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR han evidenciado, directa o indirectamente, que las instituciones que constituyen el objeto del Derecho penal militar no sólo constituyen una ineludible necesidad de orden *local*, en cada país, sino que hay en ellas una obligada incidencia de carácter internacional. Uno de los méritos principales de esos estudios es poner de manifiesto cómo tales instituciones y los principios en que se fundan *evolucionan* y

cómo esa *actualización* responde a necesidades específicas que también *cambian*. En esa mutación permanece invariable la base subjetiva de la legislación militar, la *disciplina*; lo que responde a un devenir fundado en el progreso *técnico*, es la cada vez mayor especificidad en la configuración de infracciones que hacen a la *eficiencia del servicio*.

Pero hay un aspecto en que ambos elementos se combinan en una aspiración de presente y de futuro: la cooperación militar internacional correlativa de la aproximación anímica de las políticas internacionales orientadas en un mismo sentido, tendentes a la *seguridad y defensa*. Y así, entre otros trabajos, me complazco en recordar los de ARRIGO MIRABELLA: *La subordinazione militare nel quadro della cooperazione internazionale*; GILIO RODI: *Sistemi giuridici Penali militare dei paesi aderenti alla N. A. T. O.*; el del infortunadamente desaparecido MÁRIO T. GOMES CARNEIRO: *La subordination militaire dans le cadre de la coopération militaire internationale*, etc.

Esta repercusión internacional de la materia penal militar, la búsqueda de una posibilidad de correlacionar la preceptiva legal en asuntos tan importantes, a la par que demuestra hasta qué punto la especificidad del Derecho penal militar ha acentuado su entidad, en otro orden de ideas, viene a constituir la razón de ser de la existencia de una entidad de carácter internacional, como la *Société*: la materia es distinta a la que agrupa a estudiosos del Derecho penal común.

Es más: el tema mismo propuesto al *Congresso Internazionale di Diritto Penale Militare*, es ya toda una programática: *Codice Penale Militare Integrale*. Y son fundamentales las conclusiones a) Revisión de la ley Penal militar, considerando la realidad de los intereses de capital importancia inherentes a la "institución militar" y se juzgan acreedoras de conveniente y *autónoma tutela especializada*. b) Para la parte general, uniformándose a una noción meramente sustancial de integralidad, mediante la disciplina autónoma sólo de las instituciones que son características del Derecho penal militar o que derogan en todo o parte a los de la parte general del Derecho penal común, con expreso reenvío recepticio a los normas del Derecho penal común no derogadas. c) Para la parte especial, inspirándose en el criterio

de la llamada "integralidad", con la formulación precisa y en lo más posible concreta de las figuras delictivas propias, objetivamente, del ilícito penal militar. (PANNACIN, BIANCHI, D'ESPIÑOZA, MALIZIA, PANTANO, CAVALLO.)

§ 3

BASES DE LA SUSTANTIVIDAD

A) *Concepto del delito esencialmente militar. Valoración de los bienes tutelados. Deslinde entre problema de sustantividad y problema de jurisdicción.* B) *Delitos comunes y propios.* C) *Infracciones exclusivas del militar e infracciones objetivamente militares.* D) *Tiempo de guerra y estado de guerra.*

A) 1. Si la materia tiene entidad suficiente, debe haber una disciplina jurídica que de ella se ocupe en especial; de manera que no corresponde analizar si el Derecho penal militar reúne los requisitos para configurar una ciencia, porque ello implicaría justificar el contenido por el continente, sino, invirtiendo los términos, apreciar si hay un contenido y si éste hace necesaria la existencia del continente.

La sustantividad del Derecho penal militar aparecerá clara si, como hemos anticipado, se desplaza el centro de gravedad desde el deber del sujeto activo hacia el bien o interés jurídicamente tutelado. (Hablabamos siempre de bien o interés, pues no corresponde aquí el deslinde de la aceptación y contenido de los mismos, sino sólo la mención de que queremos referirnos a lo tutelado). (V. CARNELUTTI: *Teoría general del delito*, pág. 193, nota 84, traducción de Víctor Conde, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.)

Aunque por la fuerza de arrastre del pasado —Fuero personal castrense— y porque la gran mayoría de las figuras suponen al militar como sujeto activo, lo que primero salta a la vista como posible criterio de separación entre las dos ramas, es la persona que principalmente constituye el protagonista del ordenamiento,

la real diferencia radica en la materia, en el objeto, en el bien o interés protegido, cuya entidad o es *exclusivamente* militar o *prevalentemente* militar. La determinación del sujeto hace más a la jurisdicción que a la sustantividad de lo jurídico-militar; por eso, mientras hay delitos cometidos por un militar que no interesan al Derecho penal militar —porque no lesionan un bien por él tutelado—, hay delitos cometidos por civiles que son de Derecho penal militar, porque aunque quien incurra en ellos no sea militar, lesiona el bien o interés que él debe proteger y sin perjuicio de cuál ha de ser la jurisdicción que conozca del hecho tipificado.

Que en la mayoría de las infracciones previstas por la legislación militar para tiempo de paz, el sujeto activo sólo puede ser un militar o una persona a él asimilada, es indiscutible; pero la referencia debe ser limitada a ese “tiempo”, porque el substrato del Derecho penal militar no es únicamente la legislación para tiempo de paz, sino la de tiempo de guerra, y en ella la situación varía fundamentalmente porque pasa a primer plano la efectividad de las operaciones bélicas.

Aún en tiempo de paz, para determinar la naturaleza de las infracciones, no se ha de reunir un conjunto numérico de disposiciones del Código de Justicia Militar, y comprobado que las que exigen la condición de “sujeto activo militar”, son más que las que no la requieren, deducir como consecuencia, la de que sólo serían infracciones esencialmente militares aquellas en que tal requisito se halla impuesto. El hecho cierto es que se hallan configuradas infracciones de ambas clases; *que aquéllas en que el extremo señalado no concurre, no son simples excepciones, sino modalidades normales y que no puede establecerse una regla fundada solamente en una parte de las infracciones, dejando de lado la otra.*

Es menester repetir que no debe superponerse aquí el problema de la jurisdicción que ha de tener a su cargo el juzgamiento. Tampoco interesa que, impropriamente, se previera en Códigos penales comunes ese tipo de figuras (cometidas por civiles), porque *la ubicación que se le asigne a un precepto, en uno u otro Código, no puede cambiar su naturaleza.*

2. *Análisis de la categoría: “Delito esencialmente militar”.*— Y bien, ¿existe una categoría de bienes o intereses protegidos a

justo título por el Derecho penal militar? Este problema se traduce en el de la objetividad jurídica del delito militar, denominado en los Códigos castrenses delito esencialmente militar, exclusivamente militar, meramente militar o puramente militar; ¿existe esta categoría de delito?

Desde dos puntos de vista puede encararse el estudio de la cuestión, a saber: A) Mediante el examen del Código de Justicia Militar y del Código penal (comunes) aisladamente considerados. B) Mediante el análisis conjunto de ambos Cuerpos legales, con criterio doctrinario, estos es, analizando los hechos que por su naturaleza: a) Son considerados por la ley delitos esencialmente militares y no corresponde que así sea; y b) No son considerados por ley delitos esencialmente militares y corresponde que lo sean.

3. *Enfoque parcial en algunas definiciones.*—Muchos autores se han limitado a definir el delito militar según la ley y, particularmente, según la ley vigente en un país; por eso, la definición y la solución a que así se llega es una solución nacional del problema fundada en las disposiciones de la ley. El resultado es atribuir a la infracción carácter esencialmente militar o común, según la ley que la prevea. Tal definición no puede ser sino formal y, a lo sumo, puede ser útil como factor determinante de jurisdicción. Para demostrar la indiferencia de la determinación de la jurisdicción frente a la cuestión de la caracterización del delito militar, bastará recordar que en Argentina, mientras hay delitos comunes que son juzgados por los tribunales militares (Código de Justicia Militar, art. 108, incisos 2° y 3°), existen delitos militares que son juzgados por los tribunales comunes, por ejemplo, el previsto por el art. 669 del Código de Justicia Militar, cuyo sujeto activo si bien es un civil, el acto y el hecho son de naturaleza militar, por cuanto lesionan la disciplina militar.

En otros términos, la condición del sujeto activo (militar o no militar es factor determinante de jurisdicción, pero según la naturaleza de la infracción cometida, que es precisamente lo que hace al problema en consideración. Claro es que, como he dicho y bueno sería que ocurriera de otra manera, hay infracciones esencialmente militares que sólo pueden ser cometidas por militares y jamás por un civil, verbigracia, la deserción, pero ello no

excluye que haya delitos esencialmente militares, que puedan ser cometidos por civiles. Así, entre las muchas figuras cuyo sujeto activo es un civil, observamos una de ellas desde el punto de vista que he esbozado. Establece el art. 669: "Los particulares o personas sin carácter ni asimilación militar que en buque, cuartel o establecimiento militar, pasaren a vías de hecho contra el personal en servicio, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años, salvo que hubieren cometido un delito más grave. Si la amenaza u ofensa fuere de palabra, serán reprimidos con cuatro a ocho meses de la misma pena. En iguales penas incurrirá el particular que ofenda de palabra o de obra a un militar en presencia de tropa de su mando o de tropa formada". Fácil es apreciar que el delito en estos términos configurado es de naturaleza esencialmente militar —militar por su esencia—, *aunque el sujeto activo no pueda ser otro que un civil*. La conclusión se ve corroborada justamente por la circunstancia de que no se incriminan las vías de hecho o la amenaza u ofensa de palabra contra *cualquier militar*, sino sólo contra el que forme parte del personal *en servicio*, a que tengan lugar cuando el militar se halla en *presencia de tropa de su mando o de tropa formada* (art. 881), respectivamente. El objetivo de la ley ha consistido, por tanto, más que en tutelar la persona, la *función*, o, en otros términos, a determinado militar *en cuanto ejerce una función especial de índole eminentemente militar y directamente vinculada a bienes o intereses militares*; disciplina, seguridad, etc. *Si el delito a que aludimos se hallara previsto en el Código penal, no por ello cambiaría de naturaleza, más que de naturaleza, de esencia*.

4. *Indiferencia de la ley que prevé una infracción para configurar su naturaleza*.—Es, por las expresadas razones que los tribunales militares, cuando concurren factores determinantes de jurisdicción aplican el Código penal común en los casos en que el acto incriminado no lesiona un interés militar, por ejemplo, hurto, y que los tribunales comunes deben aplicar el Código de Justicia Militar cuando el hecho incriminado lesiona un interés militar, verbigracia, el art. 826, que preceptúa que todo individuo (militar o no militar) que a sabiendas adquiriera, empeñe u oculte cualesquiera de los objetos a que se refieren los dos artículos precedentes

(elementos integrantes del armamento militar, animales u otros elementos de transporte, instrumentos u objetos de navegación que hayan sido provistos a un militar), será condenado a prisión hasta dos años, en tiempo de paz, y con reclusión hasta diez años, en tiempo de guerra.

En doctrina, pues, hay infracciones que afectan la existencia de la institución militar en cuanto lesionan bienes o intereses que constituyen sus presupuestos y otras que no los afectan: las primeras son las infracciones esencialmente, exclusivamente, meramente o puramente militares, cualquiera sea la ley que las reprima; *las segundas no serían esencialmente militares aunque las configurara el Código de Justicia Militar.*

5. *El auténtico contenido de una definición del delito militar.*—Por eso, la definición del art. 108, inciso 1.º, del Código de Justicia Militar: los delitos y faltas esencialmente militares... son... todas las infracciones que por afectar la existencia de la institución militar, tan sólo las leyes militares prevén y sancionan, es exacta no porque en realidad la naturaleza de la infracción depende de la ubicación del precepto, sino porque las leyes militares sólo deben prever y sancionar los delitos y faltas esencialmente militares y el legislador da por sentado que ha acertado en la selección. Esta definición exhibe el camino inverso al que ha seguido el legislador y desde el punto de vista doctrinario y siempre que el legislador haya acertado en la elección de los actos que ha incriminado, deben ser invertidos sus términos: son delitos esencialmente militares los que tan sólo las leyes militares prevén y sancionan, *porque afectan la existencia de la institución militar.*

En este orden de ideas, la definición de MANZINI (*Diritto penale militare*, Padova, 1932, Cedam, pág. 8): “El reato militare e la violazione di un precetto (comando o divieto) penalmente sanzionato, preveduto da una legge penale militare”, es exacta en cuanto se refiere a los extremos legales (concreta el principio de legalidad), pero no debe ser extendida al concepto del delito militar como entidad; de lo contrario, también aquí se confundiría continente con contenido.

He dicho que si existe la posibilidad institucional de la ca-

tegoría delito esencialmente militar es porque hay un ordenamiento jurídico especial que tiene en miras intereses esencialmente militares y otros prevalentemente militares que la ley tutela. *Todos ellos derivan de la idea primera de que el Estado considera vital la existencia de la institución militar y, por tanto, debe reprimir con criterio especial las acciones humanas que se traduzcan en hechos que o están destinados a mirar directamente esa existencia o produzcan tal efecto.*

6. *Conceptos de MIRTO, VICO, BETTIOL, MANZINI, MANASSERO.*—PIETRO MIRTO (*N. D. I.*, tomo IV, pág. 1137) expone la génesis y el concepto de la infracción esencialmente militar, sobre estas bases: El Estado, para su existencia, requiere la formación de un organismo militar, éste, a su vez, debe constituirse sobre la base de un conjunto de instituciones cuya estructura se determina y se mueve en la órbita de la regla de Derecho; de allí surge un orden jurídico especial, dentro del cual, también a su vez, se halla el orden jurídico penal militar: “El conjunto de normas jurídicas penales militares constituye el Derecho penal militar, que se diferencia del Derecho penal común no desde el punto de vista formal de la formulación del precepto y de la sanción, sino desde el punto de vista del contenido particular del precepto al que se hace corresponder un tipo de sanción penal que es precisamente la sanción penal militar”. Para ese autor, *la especialidad del Derecho penal militar deriva de la calidad del hecho transgresor de la ley Penal militar y de la naturaleza de la pena* y debe distinguirse entre delito exclusivamente militar (cometido por el militar o persona a él equiparada, siendo el hecho lesivo de un interés del ordenamiento castrense al que aquél está ligado por razón de servicio) y delito objetivamente militar (hecho lesivo de un interés no militar unido a la lesión de un interés militar): “la razón de servicio que liga al militar al ordenamiento militar hace prevalecer en la calificación del hecho lesivo de un interés común, la naturaleza militar del delito”.

Según se advierte, esta teoría *no está libre de la impureza que emana de colocar en primer plano al sujeto activo, impropiedad que da lugar a incongruencias, algunas de las cuales he anticipado.*

Según PIETRO VICO (*D. I.*, tomo 7, II, pág. 554): Son materia

de la ley Penal militar: a) Los delitos exclusivamente militares, "es decir, los hechos que de ningún modo se hallan previstos en la ley común". b) En cuanto a los hechos de Derecho común, para saber cuándo deben pasar a formar parte de la ley Penal militar, hay dos sistemas; uno, subjetivo, fundado sobre la calidad militar del culpable o del ofendido; otro, objetivo, fundado sobre la calidad militar del hecho. El primero, no tiene fundamento jurídico, es "una decoración complementaria de un edificio de privilegios militares", puede determinar modificación de pena, pero no una modificación de la naturaleza del hecho. El sistema objetivo, en cambio, responde con toda exactitud al fundamento jurídico del Derecho penal militar, o sea, que es infracción militar solamente el hecho que esencialmente importa una lesión al servicio o a la disciplina militar. En verdad, no se puede dudar que algunos hechos, si bien previstos en la ley Penal común, no obstante, adquieren la índole jurídica de delitos militares cuando cometidos en determinadas circunstancias de persona, cosa, tiempo o lugar, constituyen una violación directa del orden jurídico militar".

En un trabajo posterior (*El reato exclusivamente militar*, "R. D. P. M.", 1935, pág. 5), Vico, luego de apreciar que la previsión del delito exclusivamente militar, generalmente, o se halla omitida o enunciada con simplicidad (sólo en algunas leyes dan una noción jurídica, no siempre clara en sus elementos constitutivos, ocurriendo otro tanto en el campo doctrinario) y de destacar la importancia que tiene la determinación de su "particular esencia jurídica", establece: 1.° Que el delito exclusivamente militar es una especie del género delito militar: "ello importa que los elementos constitutivos de éste son como presupuestos del delito exclusivamente militar". 2.° "El primer elemento o presupuesto es que el sujeto activo del delito tenga la calidad de militar". "Las personas extrañas a la milicia pueden concurrir a cometer un delito militar, pero no cometerlos ellas solas: pueden violar un interés militar, no un deber militar, que no tienen porque no son militares". 3.° "Por otra parte, si se quiere examinar el delito militar en vía doctrinal, en el orden de los principios generales del Derecho, es fácil observar que el criterio de la lesión de un interés militar, además de ser muy vago y elástico, no puede ser-

vir para caracterizar el delito militar, porque también de un delito común puede derivar la lesión de un interés militar, sin que este delito común se transforme en delito militar. Además, la sola calidad de militar implica un interés militar, y no existen actos del militar, aun de su vida privada, que no se vinculen a un interés militar: en consecuencia, todos los delitos comunes cometidos por el militar deberían, por eso sólo, ser tenidos por delitos militares”.

No puedo compartir totalmente ese modo de pensar; podría conducir a la creación de un tipo de autor en reemplazo del tipo de delito, a convertir en delitos militares figuras que le son tan ajenas como el abandono de personas, el rapto, la supresión y suposición del estado civil, la violación de domicilio, el envenenamiento o adulteración de aguas potables, etc. Una cosa es que la conducta del militar deba ser intachable en su actuación como tal y en su vida privada y otra *que por el solo hecho de ser militar esa su condición personal transforme la naturaleza de las figuras*. El error arranca, justamente, de la premisa implícita e inadmisibles de que todos los delitos militares suponen la violación de un deber profesional; en cuanto a que el predominio del bien o interés militar pueda conformar un criterio “vago y elástico”, me parece igualmente inaceptable; *los bienes o intereses militares no son difíciles de precisar*: el mismo Código de Justicia Militar los ha concretado y con su denominación rotula los diferentes capítulos en que ubican las respectivas familias de figuras; otro tanto hacen, en su esfera, los Códigos penales comunes.

Por lo demás, tanto Vico (*Diritto penale militare*, pág. 112, seconda edizione, Milano, 1917, S. E. L.) como MANZINI (*Diritto penale militare*, pág. 8, Padova, 1932, Cedam) entienden que la calidad de militar es siempre indispensable para que exista un delito militar. El primero insiste en tal conclusión en esa otra obra porque “la calidad de militar en el presupuesto de los deberes militares” y si falta esa calidad no existe “violación de un deber del Estado, o sea del oficio militar”. Claramente se advierte que, según esa teoría, el Derecho penal militar queda reducido a un derecho profesional, concepto a que nos referiremos más adelante. Lo que corresponde expresar desde aquí es que, según tal concepción la naturaleza del bien o interés protegido

sólo ejercería, por así decirlo, “fuero de atracción” respecto de la naturaleza de la infracción unilateralmente cuando, además, el sujeto activo fuera militar.

La reunión de esos dos requisitos: calidad de militar y hecho militar, podrá constituir, dentro de la categoría de infracciones esencialmente militares, una categoría especial: el “delictum proprium”, pero no es indispensable para el resto.

MANASSERO (*I Codici penali militari*, Parte generale, pág. 74, Milano, 1942, Giuffrè), sigue a Vico y encuentra en el *reato militare*, en todos los casos, el carácter y la estructura del *reato proprio*, adaptando la construcción de BERRIOL sobre esa categoría de delitos. Ahora bien: el núcleo de la teoría de BERRIOL, me parece resumida en este párrafo: “El problema de la destinación del imperativo de la ley Penal asume, por tanto, particular importancia a propósito de la demarcación de los delitos en delitos comunes y en delitos propios, porque cuando se trata de delitos comunes todas las personas que se hallan en el territorio del Estado deben observar el precepto jurídico, *mientras cuando se trata de un delito propio lo son* solamente quienes se encuentran con el sujeto pasivo o con el bien o *interés protegido en la situación requerida por la ley*”. Esa situación, en la teoría del penalista a que nos referimos, es la de “ciudadano”, “funcionario”, “oficial público”, “esposa”, “tutor”, “militar”, etc., aunque para estos últimos alude a la existencia de una ley especial (*Sul reato proprio*, págs. 12 y 18, Milano, 1939, Giuffrè).

7. *El “delito propio” y su ubicación en el ámbito del Derecho penal militar.*—Esa manera de pensar es la que, precisamente, me lleva a concluir que la situación es completamente distinta: dentro del ordenamiento penal común, hay delitos comunes y propios, *pero también dentro del ordenamiento penal militar, hay delitos que son propios y otros que no lo son, según que la calidad de militar sea o no elemento constitutivo de la infracción esencialmente militar.* De otra manera, no tendría sentido que nuestro Código de Justicia Militar, por ejemplo, mientras que en determinadas figuras establece: “Será reprimido, etc., el militar que, etc.”, en otras, numerosas, emplea las fórmulas “todo individuo” (art. 629), “los particulares o personas sin carácter ni

asimilación militar que” (arts. 669 y 671), o, simplemente, “El que”, “Al que”, sin distinguir entre “militar y no militar” (artículos 746, 786 y 820). No faltan tampoco las hipótesis en que dice directamente: “Al civil que” (art. 815). O se sostiene que el Código de Justicia Militar configura delitos comunes o no tiene asidero la opinión de que todos los delitos esencialmente militares sólo pueden ser cometidos por militares. Obsérvese que los casos citados no se refieren a hipótesis de participación o instigación, sino de autoría inmediata.

Delitos "propios" esencialmente militares son, pues, sólo aquellos que exigen la calidad del militar en el sujeto activo, como elemento constitutivo de la figura y, dentro de ese ordenamiento existe aún otra subcategoría: aquella que exige, además de la condición de militar otra situación de sujeto activo, por ejemplo: "oficial", "centinela", "militar con mando", etc.

Por lo demás, la calidad de militar en el sujeto activo, no sólo no es condición ineludible para la configuración de la infracción esencialmente militar, sino que, *en determinadas hipótesis, la excluye*: art. 630: “No se consideran autores de este delito (espionaje y revelación de secretos concernientes a la defensa nacional), 1.º Los militares enemigos que ejecuten manifiestamente con su uniforme, cualquiera de los actos a que se refiere el artículo anterior”.

En otro sentido, bien categórico es el mismo BETTIOL cuando, en su recordada obra refutando a ANTOLISEI, según quien “el peso preponderante en el juicio sobre la entidad del delito no corresponde al elemento material: compete al momento subjetivo”, manifiesta: “Ello llevaría sustancialmente a aceptar los cánones de un Derecho penal que tiene en miras la voluntad, *alla dissoluzione delle fattispecie*, a la creación de otros tantos tipos de autor en lugar de tipos de delito”. Quedamos, pues, que para la entidad del delito, no ha de atenerse al “momento subjetivo”.

CIARDI (*Istituzioni di Diritto penale militare*, I, pág. 152, Roma, 1950, Ateneo), refiriéndose a la definición del delito militar dada por el Derecho objetivo; “un hecho prohibido por la ley Penal militar bajo la amenaza de una sanción penal”, expresa que “esa fórmula tiene valor, sobre todo práctico, porque significa que son delitos militares los que materialmente se encuen-

tran comprendidos en la ley Penal militar, independientemente de su naturaleza intrínseca; luego de esta afirmación y de otra, también exacta, o sea que la norma puede hallarse ubicada en el Código penal común y, no obstante, asumir el carácter de delito militar por tutelar intereses particularmente militares, siendo irrelevante la especie de pena conminada (pág. 156), llega a la conclusión de que el criterio que permite discernir “si nos hallamos frente a una ley Penal común y, por consiguiente, a un delito común radica en una combinación del objeto jurídico del delito con el de las personas sujetas a la ley militar” (pág. 154).

Pero obsérvese como MANASSERO, op. cit., pág. 53, refiriéndose naturalmente al Código italiano, declara: “... en el nuevo Código la calidad militar del imputado *juega un poco menos*, desempeña un papel menos absoluto. Aún bajo el imperio del Código penal (militar) derogado se daban hipótesis en las que no era la calidad del agente la que imprimía carácter militar a la infracción” y, luego de enumerar varios casos, agrega: “En todas estas hipótesis, en verdad, menos frecuentes, se atenúa grandemente el carácter de derecho especial”. MILAZZO (*Il Diritto penale militare nella sua storia e la riforma delle leggi*, “R. D. P. P. M.”, 1930, 88), sostiene que la diferencia entre Derecho penal militar y Derecho penal común se halla en la calidad militar del agente o en el objeto de la infracción. La primera hipótesis se presenta cuando se trata de reprimir una infracción que aunque se halle contenida también en la ley Penal común, cuando es cometida por un militar adquiere una gravedad mayor por el daño moral que lesiona la conciencia común y, en particular modo, el derecho o el prestigio del Ejército. La segunda hipótesis se da, en cambio, cuando el sujeto agente con su actividad ofende un interés vital del organismo militar o un interés que es prevalentemente militar y es indiferente que el sujeto sea militar o extraño a la milicia”. A mi modo de ver, *en la primera de esas dos hipótesis no siempre habrá delito esencialmente militar, sino frecuentemente adecuación o individualización de la sanción.*

8. *Infracciones exclusivas del militar e infracciones objetivamente militares.*—Desde un punto de vista, distinto del que fundamenta la clasificación de las infracciones que he expuesto al

comienzo, las infracciones esencialmente militares *pueden dividirse en infracciones exclusivamente del militar y en infracciones objetivamente militares.*

El reconocimiento de la sustantividad del Derecho penal militar, fundado en la especialidad de su materia que, en definitiva, se traduce en la existencia de una categoría específica de bienes o intereses tutelados no conduce a la conclusión, evidentemente errónea, de que existan tantos "derechos penales" como bienes o intereses protegidos, ni a la dispersión del contenido del Derecho penal común. Obsérvese que en el caso del Derecho penal militar no existe solamente un desarrollo especial de la tutela respecto de un bien o interés, sino de toda una categoría integrada por un complejo total de los bienes o intereses directamente vinculados a la existencia *lato sensu* de las instituciones militares, que ejercen una función necesaria, normal y permanente de la actividad del Estado y que, además, *por la índole de la conducta que debe regular no puede resumirse sólo en un puro derecho disciplinario.*

Podría objetarse, en otro orden de ideas, que cuando la infracción que importa una lesión a uno de esos bienes o intereses protegidos es cometida por un civil, no se aplica a él el régimen penal propio de las infracciones esencialmente militares, referente a las normas especiales sobre imputabilidad, culpabilidad, etcétera, y, en el supuesto, claro es, que en un sistema legal concreto, existan diferencias considerables en la "Parte general". Pero, si bien se observa, ese régimen no define por sí solo la naturaleza de la infracción, sino que es sólo una consecuencia para el militar que comete una infracción esencialmente militar, *por su vinculación personal como miembro de las Fuerzas Armadas; aquí sí la diferencia de calidad investida por el sujeto activo es revelante.* La naturaleza de la infracción no cambia porque ese régimen sea distinto; lo que muda es el régimen, tan es así, que lo que el juzgador debe determinar *antes* cuál es, justamente, la naturaleza de la infracción.

9. *Tiempo de paz y tiempo de guerra. Ley marcial. Bandos. Poderes de guerra.*—Aparte de lo ya expresado, de destacarse que las normas implícitas en los preceptos penales

militares pueden ser así clasificadas: las que tienen campo de acción en tiempo de paz y las que se hallan *potencialmente* presentes en tiempo de paz, pero cuyo ser actúa en tiempo de guerra; mientras tanto, quedan en reserva, son, por así decirlo, normas de reserva. Sólo una parte de estas últimas se traduce en preceptos durante la paz y su ubicación ideal es el Código de Justicia Militar; el resto, cuyo contenido es variable porque se halla sujeto en gran parte a las contingencias de las operaciones, circunstancia que imposibilita o dificulta la concreción de los preceptos pertinentes, ya desde la paz, pasa a primer plano al producirse la contienda: de allí, *el principio que he denominado "adaptabilidad de la legislación militar a las exigencias de la situación"* es decir, a la necesidad contingente que, en definitiva, es el fundamento de la ley Marcial y de su ágil medio de expresión, el bando, que si bien no es ley en acepción formal, lo es en sentido sustancial; de allí, asimismo, los llamados "poderes de guerra", respecto de los cuales ha declarado la C. S. que "son forzosamente anteriores y, llegado el caso, aún mismo superiores a la propia Constitución" (junio 9-1948, Fallos: 211; 162; la Ley tomo 51, página 254; J. A. 948-II-408; G. F. tomo 193, pág. 401; G. P. tomo 80, pág. 114).

10. *Captación de normas de Derecho internacional público.*— El factor "tiempo de guerra" —que no debe ser confundido con el "estado de guerra"—, no sólo determina una agravación de la penalidad: este resultado es lo que primero salta a la vista, pero, en realidad, es el de menor entidad jurídica; él constituye una como llave que abre el compartimiento donde moran las normas más importantes del Derecho penal militar, por cuya razón, *en ese momento, el Derecho penal militar pasa a funcionar en estrecha armonía con el Derecho internacional público*, muchas de cuyas reglas adopta como normas y cubre con preceptos. En nuestro ordenamiento, por ejemplo, el *Reglamento de las leyes y usos de la guerra continental*, R. L. M. 7, en el fondo pasaría a constituir el primer bando, la primera ley Penal militar en sentido sustancial, *cuyos destinatarios no son sólo los militares*; en este último sentido, otro tanto ocurre con la Ley 13.234, que tampoco ha concitado la atención de los juristas y que, sin embargo, col-

tiene disposiciones penales de superlativa trascendencia. Pero tampoco en este campo se produce una confusión (amalgama) del Derecho internacional público con el *penal militar*: *el primero suministra sólo la materia prima, un conjunto de normas ideales entre las que el segundo selecciona las que le parecen apropiadas como substrato configurativo de tipos penales.* (Véase, DE NÓ LOUIS (E.): *El Derecho actual en la guerra terrestre*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 11, pág. 9. *Insultos a superior y prisioneros de guerra*, núm. 13, pág. 9. *Combatientes y no combatientes en la guerra moderna* (Revue, I-I-1962).

11. *Las leyes "ad tempus"*.—Observa GRISPINI (*Diritto penale italiano*, tomo I, pág. 266), al referirse a las leyes *ad tempus*, que no debe confundirse la limitación temporaria del vigor de una ley con la posibilidad de violación de la misma, limitada a un determinado tiempo. "Así, el Derecho penal militar para tiempo de guerra no es un derecho temporario, porque él se halla siempre en vigor y solamente no puede aplicarse en tiempo de paz. El tiempo de guerra, en efecto, es solamente una modalidad de la infracción y no un término inicial y final del vigor de la ley". En nuestra legislación, el tiempo de guerra es, a la vez, momento de comienzo y fin de aplicación de los muy numerosos preceptos sólo a él destinados (art. 882), elemento modal para determinadas infracciones y circunstancia agravante genérica directa (art. 519), que no hable de tiempo de guerra, pero sí lo supone: "frente al enemigo", "en combate", "prisionero de guerra", etc.

DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO PENAL COMÚN: RELACIONES

1. *Transformación de tipos penales*.—De lo expuesto surge la subdivisión de los intereses que tutela el Derecho penal militar; mientras existe una categoría de infracciones (contra la disciplina), por las que se conceptúan penalmente ilícitas las acciones cuyo objeto o resultado consiste en la subversión de la jerarquía y de las atribuciones de mando que le son inherentes, existen otras categorías que consideran penalmente ilícitas las acciones que imposibilitan o dificultan el empleo adecuado de los medios físicos

de realización, como las que importan la destrucción del material de guerra (armamento y abastecimiento), o sustraigan al hombre de su función (abandono de servicio, abandono de destino o de residencia, deserción, infracción de los deberes del centinela, violación de consigna, negligencia, infidelidad en el servicio, etc.).

No resulta, por tanto, difícil advertir cuáles son las semejanzas y cuáles las diferencias de naturaleza que presentan el delito militar y el delito común y cómo ellas se proyectan sobre el Derecho penal militar y el Derecho penal común. *Este punto de partida explica, asimismo, por qué el Derecho penal militar reconoce como intereses jurídicos fundamentales la disciplina, el valor personal, la eficiencia del servicio, la subordinación, el prestigio del superior, el secreto militar, etc., y así, la muerte del superior a causa del servicio no es para él homicidio, delito contra la vida, sino delito contra la disciplina; la cobardía frente al enemigo puede dar lugar a la muerte inmediata, sin proceso, del cobarde; la mutilación de sí mismo, con el fin de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que impone la defensa nacional, es delito; la injuria al superior no es delito contra el honor, sino contra la disciplina, etc.*

2. *Diferencias en la Parte general.*—Complemento, surgen por sí mismas las diferencias sustanciales en otros sectores que resultaría extenso enumerar, siendo suficiente recordar las existentes en puntos de tanta relevancia jurídica como las causas de justificación, la imputabilidad, la culpabilidad, la frecuente inculpatión de actos preparatorios, delitos de sueño y de olvido, delitos con pluralidad de hipótesis, régimen del concurso de delitos, modalidades de la tentativa, configuración separada, en ocasiones, según se trate o no de oficiales, concepto de "negligencia" determinante de la concreción de numerosos tipos, inversión de reglas fundamentales para la adecuación del mismo acto, según se cometan en tiempo de paz o en tiempo de guerra, especialización de la regulación sobre la base de la variación del sujeto pasivo constante, adopción de normas de Derecho internacional público como substrato de tipos legales, tránsito de la antijuridicidad a la juridicidad en tiempo de guerra, en ciertas hipótesis; condena

de ejecución condicional limitada a los delitos comunes culposos, la sanción "para ejemplo", etc.

No se me oculta que constituye un anhelo la aproximación de la regulación de las instituciones de la "Parte general" del Derecho penal militar a las del Derecho penal común, pero es una realidad innegable que en muchas legislaciones las diferencias son aún acentuadas.

3. *Régimen de las sanciones*: a) *Unificación no admitida*.—La diversidad de naturaleza de las infracciones esencialmente militares y comunes, trasciende a la pena, a punto tal que el artículo 585 del Código de Justicia Militar establece, en su último apartado, que no se unificarán las penas cuando concurren delitos específicamente militares con delitos comunes, precepto que aparece así explicado en la exposición de motivos, LIII: "En este caso, no median, en efecto, las razones que hacen conveniente la unificación contemplada en a) y b), dado el criterio, a veces muy distinto, que impera en el contenido de las figuras delictivas y porque interesa a la disciplina que la pena impuesta por delitos específicamente militares sea cumplida íntegramente y con sus modalidades propias. No existe, pues, la homogeneidad necesaria para que sea procedente la refundición de las penas".

b) *Reincidencia*.—Agréguese a ello que, según es sabido, de conformidad al art. 5.º del Código penal a los efectos de la reincidencia (en el orden común), no se tendrán en cuenta los delitos militares y se completará la idea de cómo la infracción esencialmente militar y la común pueden quedar aisladas en sus respectivos compartimientos estancos y de cómo la interferencia de los dos ordenamientos a veces desaparece bruscamente para convertirse en impenetrabilidad. De allí, que las sanciones penales militares sean también especiales, por su contenido, efectos, modalidades de ejecución y aún por su nomenclatura.

c) *Remisión condicionada al Código penal (común)*.—En suma: porque el Derecho penal militar tiene su propio y exclusivo espíritu, es que el Código de Justicia Militar ha podido establecer: "Las disposiciones del libro I del Código penal, serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente Código" (ar-

tículo 510), principio que se recuerda a los órganos jurisdiccionales castrenses en el art. 2.º: “Los tribunales militares no podrán aplicar otras disposiciones penales que las que este Código, las de las demás leyes militares vigentes y las de las leyes penales comunes en los casos que el mismo determina”.

d) *Adecuación de las sanciones*.—Una de las consecuencias que emanan de la diferencia de naturaleza a que se ha aludido es la de la adecuación de la sanción. Cuando se aprecia la legislación penal militar prescindiendo de las consideraciones hasta aquí formuladas, se incurre en el error de juzgarla severa, severa con acento despectivo. Sin embargo, la legislación castrense normal no es cruel ni arbitraria, ni siquiera severa: es proporcionada. Que en ella tenga cabida la *pena de muerte* y, que, en cambio, en la legislación penal común sea cuestión es conclusión ya aceptada desde los tiempos de CICERÓN, y admitida por CARRARA (*Programa*, § 661 bis), quien señala, asimismo, y fundamenta cómo no media en ello contradicción; que la pena que reporta mayor intensidad de sufrimiento a un militar sea la *degradación* —la declaración formal de que el delincuente es indigno de llevar las armas y vestir el uniforme de los militares de la República, como declara solemnemente el art. 533 del Código de Justicia Militar— es hecho que se explica teniendo en cuenta, justamente, todo cuanto se ha dicho precedentemente.

En el Derecho penal militar tiene plena validez el principio ya formulado por CARRARA (*Programa*, 648), y antes por BECCARIA (página 46 de la edición publicada en Buenos Aires, 1945, Atalaya), según el cual, la pena no debe ser excesiva en el sentido de *desproporcionada*.

Cuestión distinta es la que plantea el denominado *carácter ejemplar de las penas militares*, que ha de ser referido a otro momento, el de la imposición y ejecución. No se trata que la pena haya de ser aplicada a todo trance ni como reacción automática ni menos, con un impuro fin de exclusivo escarmiento; de otra manera, el sistema represivo penal militar carecería de sentido institucional y se reduciría a venganza. Pena ejemplar, en definitiva, no significa sino prevención general. Por otra parte, el fin de la pena no tiene por qué ser distinto en Derecho penal militar y en Derecho penal común, ni existe razón para un even-

tual descuido de la prevención especial. La readaptación del delincuente, también ha de ser intentada, desde luego, en los casos en que su tendencia a delinquir se ha concretado en actos lesivos, a la vez, de bienes o intereses de Derecho penal militar y de Derecho penal común. Es menester aclarar, asimismo, que cuanto se ha expresado acerca de la fundamental importancia que reviste la diferencia de bienes o intereses tutelados como factor determinante de la individualidad del Derecho penal militar, no debe ser confundido con otra situación muy distinta, cual es el criterio que ha de observarse para la dosificación de la pena, que no consiste, ciertamente, en la sola entidad del delito cometido: éste es, según el Código de Justicia Militar, art. 579, uno de los elementos de juicio que ha de tener en cuenta el tribunal para aplicar la sanción “dentro de los límites fijados por la ley”; el otro, *la personalidad del agente*.

e) *Criterio para la aplicación de las penas*.—La legislación penal militar no adopta una política de exterminio del sujeto activo de la infracción, como algunos han querido insinuar. ¿Cómo podría sostenerse tal apreciación ante un Código que, como el nuestro, manda tener en cuenta, para la dosificación de la sanción, no sólo la *naturaleza del delito*, sino la *personalidad del agente*, según sus *antecedentes penales*, su *conducta anterior al delito*, sus *antecedentes militares*, los *motivos que lo impulsaron a delinquir* y sus *condiciones de vida familiar y social* (art. 579), y que dispone que “Cuando al procesado se impute un delito reprimido con reclusión o prisión por más de diez años, el juez requerirá informe médico sobre el estado mental y *capacidad para delinquir*” (art. 245), todo lo cual le permite apreciar la personalidad integral del agente y atribuir al delito el valor sintomático de su real peligrosidad?

f) *El deber de obediencia. La “obediencia debida”*. Como aspecto relevante en la estructuración del esquema represivo militar.—1. Las Fuerzas Armadas sólo pueden cumplir su finalidad si tiene plena efectividad la escala jerárquica: de otro modo se convierte en banda armada, indisciplinada y anárquica. A su vez, la base del mantenimiento del concepto de “superioridad”, consiste en que el inferior obedezca sin dilaciones la orden del superior.

Pero al Derecho penal militar se le presenta el problema de establecer hasta qué punto es exigible esa obediencia, problema que ha preocupado a la doctrina.

Habría dos extremos posibles, igualmente inadmisibles: o la teoría de la obediencia *ciega absoluta* que convertiría al superior en déspota legitimado, que podría utilizar la relación jerárquica para hacer cometer delitos; o la teoría que no estableciera ninguna diferencia entre la obediencia debida del Derecho penal militar y la del Derecho penal común, con lo que un cuartel pasaría a ser una oficina administrativa.

No se puede caer en el extremo de considerar que el deber de obediencia del militar sea absolutamente igual al que corresponde a los funcionarios civiles. Todo lo que hemos expuesto anteriormente nos releva de insistencia sobre este punto. El art. 40 del Código penal militar de paz italiano, ya citado, establece esas diferencias con claridad. Establece: "Cumplimiento de un deber. Para los delitos militares, en lugar del art. 51 del Código penal, se aplican las disposiciones de los apartados siguientes: "El cumplimiento de un deber, impuesto por una norma jurídica o por una orden del superior o de otra autoridad competente, excluye la punibilidad. Si un hecho que constituye delito es cometido por orden del superior o de otra autoridad, responde siempre del delito quien ha dado la orden. En el caso previsto por el apartado precedente, responde del hecho también el militar que ha ejecutado la orden, cuando la ejecución de éste constituye *manifiestamente* delito".

Esta es la "obediencia debida" del militar. En cambio, para el funcionario civil, es la que resulta del art. 51 del Código penal (común) italiano (del que, según hemos visto, expresamente se aparta el art. 40 del Código penal militar de tiempo de paz de Italia, y que dispone: "El ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber impuesto por una norma jurídica o por una orden legítima de la autoridad pública, excluye la punibilidad. Si un hecho que constituye delito es cometido por orden de la autoridad, responde siempre del delito el oficial público que ha dado la orden. Responde del delito también quien ha ejecutado la orden, salvo que, por error de hecho, haya creído obedecer a una orden legítima. No es punible quien cumple una orden legi-

tima, cuando la ley no le consiente ningún examen sobre la legitimidad de la orden”.

El Tribunal Supremo militar italiano, en meditada sentencia de 3-XII-1935, ha declarado que el inferior debe pronta obediencia a la orden del superior en cuanto debe presumir la legitimidad de la orden misma, pero tal deber cesa cuando por la evidente criminalidad de la orden, no pueda subsistir la presunción de legitimidad.

MILAZZO —Nuevo Digesto italiano, Disciplina militare—, comentando ese fallo, expresa que la norma contenida en el II Reglamento de disciplina italiano, según la cual el inferior tiene la obligación de obediencia a los superiores en las cosas del servicio y en todo lo que pertenece a la autoridad a ellos conferida por los reglamentos, nos lleva a la conclusión de que el ordenamiento militar tenga como canon fundamental la obediencia pasiva, ilimitada hasta el punto que el inferior deba incondicionalmente ejecutar hasta la orden de cometer un delito. Ello porque, no obstante, la intensidad de la sujeción y de la disciplina militar, la obediencia a las órdenes del superior encuentra, también en las relaciones militares, un límite cierto e inderogable en la ley Penal.

La ley francesa de fecha 31 de marzo de 1928, enmendando las disposiciones de los arts. 208 y 209 del Código castrense, establece que para que el ultraje al superior pueda considerarse producido en ocasión del servicio, debe dirigirse “contra un acto de autoridad legalmente ejercido”. En el mismo sentido, el decreto francés del 1.º de abril de 1933, art. 7.º

El Código penal militar suizo preceptúa, en el art. 18, bajo la rúbrica “Orden de un superior”: “Si la ejecución de una orden del servicio constituye un crimen o delito, el jefe o el superior que ha dado la orden es punible como autor de la infracción. El subordinado o el inferior es también punible si se ha dado cuenta que ejecutando la orden participaba en la perpetración de un crimen o delito. El juez podrá atenuar la pena o eximir al prevenido de toda pena.

2. Se presenta aquí una de esas situaciones, que no son raras, en que es más claro el resultado (repugna a la conciencia la posibilidad de que una orden grosera e indiscutiblemente “criminal” debiera ser obedecida), que el hallazgo del principio en cuya vir-

tud pueda llegarse jurídicamente a ese resultado. No están descartadas las hipótesis en que un mismo ordenamiento jurídico dado, pareciera colocar a la tentativa de dar con la solución, en un callejón sin salida, como veremos seguidamente; pero atendamos a algunos ejemplos propios de la legislación castrense. Cuatro soldados, a quienes un superior insano o perverso les ordena que se amotinen contra otro, ¿deben obedecer la orden?. Un caso, entre tantos, ha sido contemplado expresamente por el Código de Justicia Militar, art. 751: "Será condenado a muerte o a reclusión, por tiempo indeterminado, el militar encargado de una plaza, puesto o tropa, que contando con los medios de defensa, se adhiere a la capitulación estipulada por otro militar con el enemigo extranjero, aunque dependa de aquél y haya recibido sus órdenes al respecto". Desde luego, en esta hipótesis, la conducta querida por la ley es la desobediencia, no la obediencia, pero no creemos que ese precepto debe ser interpretado en el sentido de que si en el referido caso concreto la ley ha invertido la regla básica de la relación jerárquica, por esa sola previsión haya excluído los demás. La ley ha concretado para tan especial y grave situación una conclusión del principio general. De otra manera, habría que admitir que, verbigracia, un inferior debiera cumplir la orden de "proporcionar al enemigo medios directos de hostilizar a la nación", que es una de las hipótesis asimiladas a la traición (art. 622, inciso 3.º).

Si el militar que tuviere conocimiento de un acto de traición, a tiempo de poderlo evitar, y no tratare de impedirlo o, en caso de imposibilidad, no diera parte inmediatamente, será reprimido como cómplice (art. 624) y, en general, todas las personas sometidas a la jurisdicción militar que por cualquier medio tuvieren conocimiento de la perpetración de un delito sujeto a la jurisdicción de los tribunales militares, deberán denunciarlo al superior de quien dependan, incurriendo en encubrimiento, en caso contrario (art. 187), o se advierte cómo el ordenamiento habría de entretenerse en la peligrosa diversión de imponer que el acto de traición se lleve a cabo (orden obedecida ciegamente), eximiendo tal vez de responsabilidad al que lo ejecuta, pero simultáneamente haciendo obligatoria la denuncia contra quien la impartió. Re-

sulta que el Código, que, dentro de su alcance, se propone no sólo reprimir la traición, sino evitarla, la favorecería.

RODRÍGUEZ DEVESA, en sus estudios sobre el tema —*La obediencia debida en el Derecho penal militar*, y *La subordinación militar en el Derecho comparado*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 3, pág. 64, y núm. 11, pág. 73, respectivamente—, ha llegado, entre otras, a estas conclusiones: 1.ª La relación de subordinación genera, en el aspecto penal, una serie compleja de situaciones, algunas de las cuales no son tan sólo exclusivas de esta relación. 2.ª Lo característico y peculiar de la relación de subordinación, penalmente considerada, son sus referencias externas u objetivas. 3.ª Hay razones poderosas para estimar que la orden de cometer un delito no es ni puede nunca ser obligatoria, entendiéndose por delito la conducta punible con todos los elementos que deben integrarla. 4.ª Si se eliminan las referencias subjetivas en el tratamiento de la llamada obediencia debida, parece que pueden encontrarse bases suficientes para llegar a los acuerdos necesarios para una regulación uniforme. 5.ª Tal regulación uniforme parece conveniente y realizable.

JIMÉNEZ DE ASÚA, en el tomo VI de su *Tratado de Derecho penal*, ha asentido, con cita expresa, a estas interpretaciones de RODRÍGUEZ DEVESA y mías. Véase, asimismo, el trabajo de PORRES JUAN-SENABRE, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, número 12, pág. 131 y la distinción que establece según que el agente que recibe la orden esté o no investido, a su vez, de autoridad.

§ 4

¿DERECHO EXCLUSIVAMENTE DISCIPLINARIO?

No puede dejar de llamar la atención que, se hable del supuesto carácter draconiano de las penas militares —nos referimos a los ordenamientos represivos normales, no a los atrabiliarios, porque la arbitrariedad puede campear tanto en ese ordenamiento como en cualquier otro— y al mismo tiempo se pretende reducirlo a un puro derecho disciplinario, *confundiendo delito con falta y pena con sanción disciplinaria*; que, por ejemplo, sea de

derecho disciplinario la imposición de la pena de reclusión por tiempo indeterminado (Código de Justicia Militar, art. 534), es algo que no podemos comprender; que se confundan la competencia ejecutiva ejercida por el Presidente de la nación y sus agentes de mando militar (art. 120), con jurisdicción judicial (arts. 108 a 112; 121 y 122), ejercida por los tribunales; y la acción penal, cuyo impulso procesal se inicia por acusación fiscal (arts. 53 y 54), con la acción disciplinaria que pone en juego todo superior, tampoco es fácil de entender.

Se ha dicho que la institución militar constituye un servicio público: el régimen *interno* del organismo con su *función estatal* (véase pág. 22, op. cit.). Sin embargo, ya en el año 1897, ADOLFO POSADA había expresado: "Por supuesto, las funciones *privativas* del Ejército, no son administrativas" (*Tratado de Derecho administrativo*, pág. 61, nota 1. Madrid, V. Suárez). Claro está que hay algunos tratadistas de Derecho administrativo que han esbozado un concepto de tal manera amplio acerca de "administración", que, dentro de él, entra cualquier cosa.

§ 5

¿DERECHO PROFESIONAL?

Se ha dicho también, que el Derecho penal militar forma entre los Derechos penales profesionales, el grupo más importante y desarrollado en la sociedad moderna (GERARD); que todo lo que se relaciona con el Ejército es mera supervivencia histórica y que como el duelo, sólo vive como reflejo o como secuencia del pretérito, en virtud de preocupaciones históricas que se van desvaneciendo progresivamente.

Pero recuérdese que la categoría más numerosa de sus sujetos está constituida por los soldados conscriptos y no por los militares de carrera. La vinculación entre los sujetos a que da origen la relación jerárquica es elemento importante, no cabe duda, pero no sólo el Derecho penal militar no crea privilegios para el hombre, sino que tutela la función, aunque ésta la ejerza un soldado raso (Código de Justicia Militar, arts. 670 a 673, etc.); mientras

la pretensión de crear un Derecho penal del médico, del ingeniero, etc., importaría fragmentar indebidamente el Derecho penal común, no ocurre otro tanto con el Derecho penal militar, por las razones ya expuestas; este último no regula la *profesión* del militar, que es sólo uno de los instrumentos con que la nación y el Estado pueden cumplir sus finalidades: lo que regula es la lesión a las finalidades mismas y a los medios de realización que posibilitan su cumplimiento, *sea quien fuere el autor*. Por su contenido especial esa regulación exige ser separada y diferenciada de la que corresponde a los demás bienes o intereses. Así lo han entendido los legisladores de todos los países, salvo excepciones debidas a reacciones u ofuscaciones pasajeras. El Derecho penal común ha sido y seguirá siendo la rama colateral principal, pero ello no significa que pueda válidamente desconocerse la individualidad propia de esta otra disciplina, cuya aglutinación con aquélla sólo produciría confusión, oscuridad y perjuicio para ambas.

Ya decía FRANZ VON LIST, que “no es el orden jurídico el que determina el interés, es la vida; pero la defensa por el Derecho hace del interés vital un interés jurídico”. “La necesidad determina la defensa, y al mismo tiempo que los intereses, varía el número y la naturaleza de los intereses jurídicos” (*Tratado de Derecho penal alemán*, trad. francesa de la 17 edición, págs. 94-95, París, 1911, Giard y Brière).

En la muy rica doctrina penal militar española hallamos que, ya en el año 1891, UGARTE había sentado este principio (a la vez, conclusión), que constituye el verdadero eje alrededor del cual ha de girar todo el ordenamiento represivo militar y la interpretación de sus preceptos: “el delito militar no se circunscribe y limita atendiendo sólo a la persona del culpable, sino que, *prescindiendo de ella*, gira en dos artículos concéntricos: el quebrantamiento de deber militar y la lesión de los fines e intereses de la milicia, *cualquiera sea la cualidad del reo*”.

QUEROL y DURÁN —de cuya obra *Principios de Derecho militar español*, Madrid, 1948, Editorial Naval, pág. 55, extraemos esa cita—, afirma con razón que “el fundamento de la especialidad que da razón de ser al Derecho penal militar, no mira tanto *subjetivamente* al autor de la *infracción* como *objetivamente* a la *materia del delito*, consiste siempre en un daño a la Institución

armada". Por esta razón, el Derecho penal militar no constituye un derecho meramente *profesional*.

El Derecho penal militar es, pues, un Derecho penal *especial*, pero no *excepcional*. Su evolución demuestra que su contenido lejos de reducirlo, lo va transformando no en más especial, sino que los destinatarios de sus normas no son exclusivamente los militares. MILAZZO —*Lineamiento de la reforma de los Códigos penales militares italianos*, traducción de I. Moyano Imaz—, a una objeción formulada en la Comisión senatorial de su país, ha replicado que a la consideración de que el Código integral sólo tendría razón de existir en cuanto todos los delitos comunes (cometidos por militares) estuvieran sometidos al conocimiento de la autoridad judicial militar, cabe contestar que la integridad de una ley debe ser considerada, no en razón de la universalidad de sus normas jurídicas, sino en relación a la totalidad de los intereses que protege. Y en nuestro caso, tales intereses están constituidos por el orden jurídico militar.

Por lo demás, el Derecho penal militar no es transitorio o de emergencia, sino permanente.

§ 6

DERECHO PENAL MILITAR Y OPINIÓN PÚBLICA. RESPONSABILIDAD DE LA PRENSA

En algunos países, el auge de la criminalidad ha arraigado en el ciudadano el concepto de que la legislación penal común es inadecuada por excesivamente benigna; simultáneamente, por desconocimiento casi total de la legislación castrense, de su finalidad, de su espíritu y, sobre todo, de su real *entidad*, existe un divulgado error: el de creer que es un ordenamiento misterioso cuya principal característica es la imposición automática de penas gravísimas.

Cabe a los órganos de difusión la responsabilidad de colocar las cosas en su verdadero terreno y significado.