

PROBLEMAS DE DERECHO PENAL PLANTEADOS POR LA COOPERACION MILITAR INTERNACIONAL (II)

por Onofrio JANNUZZI

Senador y Abogado (Italia)

Uno de los temas que el Congreso se propone examinar es el que corresponde al enunciado de esta ponencia. El tema, limitado a la exposición más que a la solución de los problemas, queda circunscrito por ello a aquellos aspectos particulares del Derecho penal militar que se derivan de la existencia de la cooperación militar internacional.

¿Qué es lo que se entiende por *cooperación militar internacional*? La *acción conjunta* de las fuerzas armadas de dos o más Estados dirigida a los fines de asegurar su defensa y su seguridad. Por efecto de la cooperación militar, la defensa de los Estados *rebasa el ámbito nacional* para situarse en el plano de la *solidaridad internacional*.

Este concepto, desde la terminación de la segunda guerra mundial nos aparece en continua y progresiva evolución: desde las limitadas experiencias de cooperación de la guerra de 1915-1918 y las tímidas concepciones del inicio de la segunda guerra mundial a la entrada en la guerra de los Estados Unidos de América, cuando Churchill y Roosevelt realizaron por primera vez un gran ensayo de cooperación militar, poniendo las fuerzas angloamericanas bajo el mando único del *Combined Chiefs of Staff*.

Después del fin de la segunda guerra mundial, las principa-

les organizaciones e iniciativas relativas a la cooperación militar internacional realizadas o proyectadas, han sido:

1. La O. N. U. (Organización de las Naciones Unidas). Se puede decir que los estatutos de la O. N. U., planteando repetidamente el problema de la defensa militar en los términos de defensa *individual y colectiva*, constituyen el primer germen de la moderna cooperación militar.

2. La N. A. T. O. (Organización del Tratado del Atlántico Norte).

3. El *Mutual Defense Assistance Program*, para la aplicación del Pacto del Atlántico.

4. El A. N. Z. U. S. (Organización de carácter político-militar entre Australia, Nueva Zelanda y los Estados Unidos, con el fin de asegurar la defensa colectiva en la zona del Pacífico).

5. La C. E. D. (Comunidad Europea de Defensa) entre Francia, Italia, Alemania Occidental, Holanda y Luxemburgo, no llevada a la práctica por falta de la ratificación por parte de Francia.

6. La U. E. O. (Unión Europea Occidental) entre los Estados adheridos al tratado de Bruselas de 17 de marzo de 1948, más Italia y Alemania Occidental.

7. Los pactos bilaterales entre la U. R. S. S. y los países denominados Democracias Populares, y los pactos que ligan a estos países entre sí.

La particularidad de los nuevos criterios de cooperación militar se encuentran en el hecho de que ésta nace y se desarrolla en *tiempo de paz*. Cada una de las creaciones de cooperación antes mencionadas tiene *una forma especial de actuación*.

Excede de nuestro tema examinar sus varios aspectos bajo los puntos de vista técnico y político. Sobre el aspecto que nos interesa —*el de los problemas del Derecho penal militar*—, las varias formas de cooperación pueden agruparse partiendo de dos principales supuestos: a) Cooperación llevada a la práctica mediante la creación de un *ejército único* nacido de la *fusión* de las fuerzas armadas de los Estados particulares con mandos e instituciones de carácter supranacional tipo C. E. D., y b) Cooperación realizada manteniendo la existencia de los *ejércitos nacionales* bajo mandos e instituciones comunes de carácter centralizado tipo N. A. T. O.

Examinemos separadamente estas dos hipótesis para ver qué

problemas surgen de ellas que puedan interesar directamente al Derecho penal militar.

Primer supuesto.—Es aquel que, como se ha dicho, responde al proyecto de la Comunidad Europea de Defensa y prevé *fuerzas armadas unificadas (o integradas)*. Cada Estado pone a disposición de la Comunidad determinados contingentes para su *fusión en una fuerza armada común* sostenida por un presupuesto común y regida por instituciones comunes. *Las fuerzas nacionales desaparecen en este sistema y en su lugar surge una fuerza común.*

La organización que se deriva y que en el caso de la C. E. D. era representada por una Asamblea, un Consejo de Ministros, un Comisariado, un Tribunal de Justicia y por las *fuerzas de defensa*, tiene carácter *supranacional* Schumanu, hablando de la *Comunidad* afirmaba, en efecto, que “era necesaria una institución supranacional a favor de la cual los países participantes habrían de consentir un parcial abandono de la soberanía”.

En esta hipótesis de fuerzas armadas unificadas de carácter supranacional resulta evidente que la legislación penal militar debe ser necesariamente única y extenderse tanto a las normas de organización judicial como a las de procedimiento.

De hecho, el Tratado de la C. E. D. resolvía el problema en este sentido estableciendo que “la represión de las infracciones de carácter penal que puedan cometerse por miembros de las fuerzas armadas europeas de defensa estará asegurada por una *legislación común* establecida teniendo presentes las normas constitucionales de cada uno de los Estados miembros. Dicha legislación *se extenderá a las normas de organización judicial y de procedimiento*”. (Arts. 18 y 19 del Protocolo jurisdiccional.)

Es evidente que en la mente de los autores del Tratado de la C. E. D. había aparecido claramente la contradicción teórica y práctica entre el carácter de *supranacionalidad de la organización y de sus normas reguladoras* y el mantenimiento en vigor de las leyes sustantivas y procesales y de los órganos de *carácter nacional*. Ciertamente que el Tratado de la C. E. D. contenía también disposiciones transitorias vigentes hasta la entrada en vigor de la legislación común; pero, aunque transitoriamente, establecían que el poder jurisdiccional de la Comunidad fuese ejercido por organismos jurisdiccionales en *función europea*, es decir,

por *tribunales europeos* compuestos por miembros de la nacionalidad de los juzgadores o por tribunales nacionales *funcionando por delegación de la Comunidad* (arts. 22 y 24 del Protocolo militar); en estas normas se reafirmaba en sustancia el concepto de la ley y de la jurisdicción única.

La legislación común y la jurisdicción única de que venimos hablando han de tener presente las normas constitucionales de cada uno de los Estados-miembros. Es claro que *tener presente no significa la uniformidad obligatoriamente*, aunque no fuese por otra razón que porque subsisten diferencias y contrastes entre las Constituciones de los diversos países.

Las Constituciones están hechas para el estado normal de la sociedad. El caso que examinamos se encuentra no en un terreno anticonstitucional, sino extraconstitucional.

La *ley penal común* aplicable a las fuerzas armadas unificadas debe, sin embargo —como lo establecía expresamente el Tratado de la C. E. D.—, contener *aquellos principios de carácter general que pertenecen al patrimonio jurídico de todos los pueblos adelantados*, tales como los de *nullum crimen sine lege*, irretroactividad de la ley penal, proporción entre la sanción punitiva y la gravedad del hecho, imputabilidad condicionada a la capacidad de entender y de querer y a la edad, la vis física, la legítima defensa y el estado de necesidad, la orden superior, la distinción de las penas según su género, etc., etc.

Partiendo del supuesto que se está examinando de *ejército único* con una ley única, otros problemas de Derecho penal militar internacional relativos a las relaciones de este ejército con otros ejércitos nacionales o internacionales con él cooperantes, caen en el tema que seguidamente examinaremos, puesto que el ejército único actúa como *una sola unidad* ni más ni menos que como cualquier ejército particular nacional o internacional.

Segundo supuesto.—Es el que, como dijimos, prevé un tipo de cooperación en el cual las fuerzas armadas particulares de los varios Estados cooperantes conservan su individualidad y su nacionalidad, pero son colocados bajo *un mando único centralizado*. A este tipo pertenece la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

En este supuesto las fuerzas armadas *no se sustraen* a la soberanía del Estado a que pertenecen ni, en consecuencia, a sus

leyes penales militares ni a su jurisdicción. No obstante, problemas especiales pueden surgir de la cooperación militar de este segundo tipo en relación con: a) El *estacionamiento* de las fuerzas armadas de un Estado en territorio de otro Estado cooperante. (El caso de estacionamiento en un tercer Estado o de la ocupación de un territorio enemigo caen fuera de este examen.) b) Relaciones entre las fuerzas armadas particulares de cada Estado independientemente del lugar en que se encuentren. c) Relaciones entre las fuerzas armadas particulares y el mando único centralizado. d) Necesidad de protección de la infraestructura relativa a la defensa común en el territorio de cualquiera de los Estados en que se encuentre.

Antes de examinar cada uno de estos problemas debe decirse que su solución habrá de encontrarse de acuerdo con algunos principios ético-políticos fundamentales que podemos resumir así: a) Entre Estado y Estado cooperantes debe observarse buena fe recíproca, en el sentido de que cada uno de ellos ha de presuponer que la legislación y los órganos judiciales de los demás sabrán y querrán asumir sus deberes en el orden de la justicia penal común y militar con una mentalidad *distinta de la finalidad protectora de sus nacionales*. b) Todos los Estados deben considerar que el bien perseguido con la cooperación es la *seguridad común* y que, por lo tanto, incluso en el campo penal y militar es a esta superior finalidad a la que es necesario tener en cuenta para resolver los problemas, no utilizando particulares y a veces sórdidos y egoístas puntos de vista de los intereses propios. c) Consiguientemente, todo sacrificio de la soberanía que el acuerdo internacional imponga inevitablemente a cualquiera de los Estados debe ser aceptado como una contrapartida a un beneficio común en el cual se encuentra comprendida la tutela de cada uno en particular.

Sentado lo precedente y en relación a los diferentes órdenes de problemas anunciados con anterioridad, debe observarse:

A) *Problemas que nacen del estacionamiento de fuerzas de un Estado cooperante en el territorio de otro Estado.*

La norma general acogida en las legislaciones de todos los Estados es que cualquiera que cometa un delito en el *territorio* de un Estado es castigado según la ley nacional del lugar de la comisión, sea que en él se encuentre el autor en el momento del

hecho (territorialidad subjetiva), sea que, aunque encontrándose el autor en el extranjero, se perfeccione la comisión del delito en el territorio (territorialidad objetiva). En esta norma, tanto el Derecho penal común como el militar han introducido frecuentes excepciones. En la materia que nos ocupa, la cuestión nace de la necesidad de amoldar las exigencias de la soberanía del Estado de origen sobre sus fuerzas armadas estacionadas en otro Estado, y la soberanía del Estado en el cual se encuentran estacionadas o en tránsito.

El Convenio entre los Estados participantes en el Tratado del Atlántico Norte ha sentado algunos principios que en verdad pueden suscribirse, aunque teniendo en cuenta, no obstante, que con ellos *no queda agotada toda la materia*. Estos principios son:

1. La autoridad del Estado de origen no tiene ningún derecho para ejercitar jurisdicción alguna sobre los nacionales del Estado de residencia ni sobre las personas que en él habitan.

2. Las autoridades militares del Estado de origen tienen el derecho de ejercitar en el territorio del Estado de residencia los poderes de jurisdicción penal que les son conferidos por la legislación del Estado de origen sobre todas las personas sujetas a las leyes militares de tal Estado.

3. La autoridad militar del Estado de residencia tiene el derecho de ejercitar su jurisdicción sobre los militares, sobre los elementos civiles y sobre las personas a cargo por las infracciones cometidas en el territorio del Estado de residencia y castigadas por la legislación de dicho Estado.

4. Las autoridades militares del Estado de origen tienen el derecho de ejercer una jurisdicción exclusiva sobre las personas sujetas a su ley militar por delitos cometidos en el Estado de residencia que atenten contra la seguridad y no estén castigados por la legislación de dicho Estado de residencia.

5. Viceversa, las autoridades del Estado de residencia tienen derecho a ejercitar una jurisdicción exclusiva sobre los miembros de cualquier fuerza armada, elementos civiles o personas a cargo, por los delitos castigados por la legislación del Estado de residencia, especialmente por los delitos que atenten a su seguridad no castigados en la legislación del Estado de origen.

6. Se consideran delitos contra la seguridad del Estado la

violación de los secretos de Estado o de los relativos a la defensa militar, la traición, el sabotaje y el espionaje.

7. En caso de jurisdicción concurrente se siguen las siguientes normas: la autoridad militar del Estado de origen tiene el derecho de ejercitar *con prioridad* su jurisdicción sobre los miembros de una fuerza armada o sus elementos civiles en lo relativo a: delitos contra la seguridad o la propiedad del Estado de origen o la persona o propiedad de un miembro, de un elemento civil o de una persona a cargo de dicho Estado de origen; delitos resultantes de actos o negligencias cometidos en el servicio. En todos los demás casos de jurisdicción concurrente, la autoridad del Estado de residencia ejercita con prioridad la jurisdicción.

8. El Estado que tiene derecho para ejercer con prioridad la competencia puede renunciar a ella notificando la renuncia a la autoridad del otro Estado. Los Estados que no tienen derecho a la prioridad en el ejercicio de la competencia pueden interesar de los Estados que la poseen la renuncia a la misma, y éstos examinarán tal petición "con benevolencia".

Dijimos que estas normas dejaban sin resolver algunos problemas. Veamos los principales:

Primero. ¿Qué se entiende por *personas sujetas a las leyes militares de un Estado*? Los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados se muestran discordes en esta cuestión. A modo de ejemplo, la nueva Constitución italiana (si bien con criterio discutible), en su art. 103 ha limitado la jurisdicción de los tribunales militares en tiempo de paz a los "delitos militares" cometidos por los "pertenecientes a las fuerzas armadas". Consiguientemente y en virtud de esta norma, las personas sujetas a la jurisdicción militar a las que en tiempo de paz se aplica la ley penal militar italiana por delitos cometidos en territorio extranjero, son únicamente los pertenecientes a las fuerzas armadas y sólo por delitos militares. Puesto que en otros Estados se da a la expresión "personas sujetas a la jurisdicción militar" un contenido diferente, se desprende que esta materia habrá de ser regulada convencionalmente entre los Estados cooperantes a los fines de la aplicación en el extranjero de la ley penal militar.

Segundo. ¿Cuál es la definición de "delito militar"? Delito militar viene siendo considerado generalmente cualquier infracción de la ley penal militar *independientemente de su naturaleza*.

za. Algunas legislaciones distinguen, sin embargo, unos delitos *exclusivamente militares* atribuyendo tal concepto a aquellos delitos que en sus elementos materiales constitutivos no se encuentran en todo o en parte previstos como tales delitos por la ley penal común. En su consecuencia, como el carácter militar de un delito se ha de buscar en la ley que lo prevé y estas leyes pueden variar de un Estado a otro, la cuestión ha de ser resuelta por convenio. Y la solución pudiera ser la de objetivizar el concepto de delito militar refiriéndolo a la *naturaleza de los hechos* y, por ello, del interés lesionado.

Tercero. La legislación del Estado de origen y del Estado de residencia, ¿deberán ser aplicadas en su integridad o con determinadas excepciones? Cualquier legislación constituye un todo orgánico en el que una excepción puede vulnerar el sistema. Sin embargo, algunas derogaciones aparecen como indispensables y habrán de ser acordadas convencionalmente. Las principales son:

a) Nadie puede ser castigado por un hecho no constitutivo de delito según la ley del Estado al que pertenezca, aunque deba ser juzgado por una ley diferente.

b) Nadie —cualquiera que sea la ley aplicable— puede ser castigado con la pena de muerte (que se sustituirá con una pena perpetua de privación de libertad) si no existe en la legislación del Estado al que pertenece.

c) La gracia, la amnistía y el indulto están siempre regulados con cierta discrecionalidad por las leyes del Estado de pertenencia del reo, no pudiéndose en el caso de militares en el extranjero, esto es, de ciudadanos que no han perdido su nacionalidad de origen, privarles razonablemente de los mismos beneficios de carácter excepcional de que pueden gozar —por la clemencia del Jefe del Estado o del legislador— los demás connacionales.

d) Convencionalmente deberá regularse la materia de la reincidencia en el sentido de que habrá de establecerse cuando las condenas no hayan sido impuestas con arreglo a la misma ley, qué ha de entenderse por delitos de la misma índole, ya que puede ser distinto el significado de esta expresión según las diferentes legislaciones.

e) Una atención particular merecerá también la regulación de la materia de conexión de los procedimientos, según que por

un mismo delito o por delitos conexos se proceda conjuntamente contra militares pertenecientes a fuerzas armadas de los diferentes Estados por delitos comunes o por delitos militares; o contra militares pertenecientes a las fuerzas armadas en tránsito o residencia y contra ciudadanos del Estado de residencia o viceversa.

Debe destacarse que resultaría justo que el convenio, en líneas generales, hiciese prevalecer la ley del Estado de residencia respecto a la del Estado de origen, ya que no se puede desconocer que entre varias leyes en teoría igualmente aplicables debe darse preferencia normalmente a la ley territorial, por ser la que responde a un principio de orden general. Ello no obstante, esta regla podrá sufrir excepciones en el caso en que la conexión no se derive de la participación de varias personas en un mismo delito, sino de delitos conexos teniendo uno de ellos mayor gravedad y, por lo tanto, actuando con *vis atractiva* respecto a los demás. Otras derogaciones al principio de la aplicación integral de una determinada legislación podrían ser examinadas profundizando en la cuestión.

B) Pasamos ahora a los problemas nacidos de las relaciones de la propia y verdadera *actividad de cooperación* entre las fuerzas armadas de los Estados miembros de una alianza, independientemente de cualquier consideración territorial. En esta materia lo que ha de discutirse especialmente son los delitos *contra la disciplina militar*: desobediencia, revuelta, motín, sedición militar, insubordinación, abuso de autoridad y todos los demás delitos que pueden lesionar gravemente la eficacia militar de una fuerza armada. ¿Debemos considerar como delito los hechos constitutivos de las infracciones antedichas cuando sean realizadas por un militar perteneciente a la fuerza armada de un Estado cooperante en perjuicio de fuerzas armadas o de militares (superiores o inferiores) pertenecientes a otro Estado aliado? La respuesta no podrá dejar de ser *positiva*; de otro modo se desnaturaría la esencia de la cooperación.

Aunque de hecho la solución se aparte de la concepción tradicional de la disciplina militar entendida como relación interna de cada una de las fuerzas armadas particulares, resulta innegable que una innovación en este concepto está plenamente justificada por la consideración de que si la disciplina es el arma

poderosa sin la cual toda fuerza armada podría difícilmente actuar con rapidez y eficacia para alcanzar sus propios objetivos, es igualmente necesario que influya en las relaciones entre las fuerzas armadas que actúan en cooperación para conseguir objetivos comunes, puesto que de otra manera faltaría el principal medio para consolidar la actividad conjunta y los mandos de estas fuerzas estarían privados de un instrumento indispensable para su buen funcionamiento.

C) Cuanto se ha dicho abre el camino al problema de las *relaciones entre las fuerzas armadas particulares cooperantes y el mando o mandos únicos y centralizados*. En este sector, acuerdos particulares en los Tratados de cooperación militar se imponen.

Estos acuerdos deberían intentar responder a los siguientes principios: a) Entre las fuerzas armadas y los mandos centralizados y los componentes de unas y otros, el vínculo de disciplina debe ser penalmente protegido según las reglas antes indicadas. b) La misma protección penal debe ser otorgada a las relaciones de disciplina interna del personal adjunto a los mandos, aunque provenga de fuerzas armadas diferentes y cualquiera que sea su grado. c) A dicho personal, por los delitos militares y no militares, deberán serle aplicadas las mismas normas que son aplicables a los militares y a los civiles del Estado al que pertenecen, según los criterios antes indicados.

D) Y, por fin, una palabra en relación con la *infraestructura militar*. Es este uno de los aspectos de la cooperación militar que puede interesar al Derecho penal militar. Por disposición del mando centralizado, las instalaciones y plantas de interés para la defensa común se encuentran repartidas en el territorio de los distintos Estados de la alianza, según criterios tácticos y estratégicos. Es interés de la organización central y de cada uno de los Estados que éstos establecimientos se encuentren debidamente protegidos; como es también interés de todos que cada uno de los Estados tutele adecuadamente su propio patrimonio de instalaciones defensivas destinadas a la defensa común.

En este delicado sector aparece de indudable utilidad una regulación *única* de carácter penal para todos los Estados aliados. Que ha de efectuarse mediante las apropiadas normas *convencionales*, a fin de castigar con el rigor necesario las infracciones lesivas a tan relevante interés común.

En el curso de esta exposición hemos hablado anteriormente con frecuencia de la necesidad de *acuerdos* entre los Estados cooperantes. Se ha observado con acierto que en esta compleja materia hay que conciliar el respeto de la soberanía con las exigencias de la represión, y que las soluciones variarán según que se ponga el acento sobre las consideraciones de soberanía, sobre los objetivos sociales de la represión o sobre preocupaciones propiamente militares.

Esta ponencia desea expresar una idea final: en la valoración y en la armonización de todas las exigencias es preciso no dejarse suggestionar para obtener soluciones concretas por la preocupación dominante de la intangibilidad de la soberanía territorial.

En la cooperación militar entre los Estados en todos los sectores —y por lo tanto también en el sector jurídico penal— *deben prevalecer los fines de la defensa*, ya que los Estados y la propia soberanía únicamente sobrevivirán en cuanto sean convenientemente defendidos. “La defensa nacional —ha dicho Mr. Schumann— es el fin esencial del Estado. Ella le permite asegurar su existencia como colectividad soberana, prevenirse para rechazar cualquier amenaza contra su independencia. Esta tarea, este deber, son para el Estado su razón de ser.”