

## NOTAS SOBRE EL DERECHO PENAL MILITAR SUIZO (\*)

por Joaquín HERNANDEZ OROZCO  
Capitán Auditor

### I

#### CARACTER DE ESTAS NOTAS

No cabe duda que la idea de comparación es la base del Derecho comparado, es decir, que si no hay comparación no hay Derecho comparado. Esta es una noción simplista, si se quiere, pero que —como dice SOLÁ (1)— es también fundamental, pues sirve ya para terminar con la confusión existente entre Derecho comparado y Derecho extranjero.

Ahora bien: el método comparativo es elástico en grado suficiente para ser aplicado, en una u otra forma, a todas las disciplinas referentes al estudio del Derecho extranjero, pudiendo tal vez establecerse, siguiendo a GUTTERIDGE (2), una amplia distinción entre la comparación practicada con el solo fin de obtener la información necesaria respecto al Derecho extranjero y la investigación comparativa llevada a cabo con otras finalidades, pudiendo denominarse a la primera "Derecho comparado descriptivo". Nuestra labor en estas líneas ni tan siquiera puede aspirar a encuadrarse en tal tipo de investigación menor, quedándose en realidad en un estadio previo de la misma: el meramente informativo, sin otra pretensión que la de suministrar ciertos datos sobre el desenvolvimiento histórico, fuentes jurídicas e instru-

---

(\*) Téngase en cuenta, para ciertas alusiones que se hacen en el presente trabajo, que las líneas que siguen no son sino una parte, de simple introducción, previa al análisis comparativo propiamente dicho.

(1) Felipe de SOLÁ CAÑIZARES: *Iniciación al Derecho comparado*, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, 1954, pág. 99.

(2) H. C. GUTTERIDGE: *El Derecho comparado. Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del Derecho*, traducción española, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, 1954, pág. 18.

mentales propias del Derecho penal militar suizo y breve descripción de algunas de sus instituciones, de forma tal que —con criterio riguroso— ni se hace ni se pretende hacer verdadero Derecho comparado. Podríamos —eso sí— haber añadido, al exponer las normas penales militares vigentes en Suiza, una relación paralela de las correspondientes españolas, pero sobre otras razones, como las materiales de espacio, que prácticamente lo impedirían, tampoco con ello hubiéramos realizado un verdadero estudio comparativo, como muy bien ha visto SOLÁ en relación con tales exposiciones “paralelas” (3). No quiere ello decir que nuestra concepción del Derecho comparado sea la que ASCARELLI (4) ha llamado “concepción estadística” como cuando se reduce el trabajo a un simple catálogo de preceptos de legislaciones extranjeras, en nuestro caso de Derecho suizo; por una parte, repetimos, no pretendemos hacer una exposición propiamente comparada; por otro, en cambio, pretendemos algo más que una simple “estadística”: suministrar al estudioso nacional unos materiales iniciales que puedan servirle en su día para acometer una tarea más ambiciosa en una parcela jurídica, como es el Derecho militar, no muy favorecida por la atención de nuestros juristas (a diferencia de lo que ocurre en muchos países extranjeros, como en Suiza, según tendremos ocasión de ver).

Partiendo, pues, de la base de ausencia en estas líneas de comparación en sentido estricto (5), tampoco ofrece duda, en cambio, que el conocimiento del Derecho extranjero de que se trata es el antecedente lógico e inexcusable de toda ulterior comparación, ya que no se podrá llegar a ésta sin haber alcanzado antes aquel conocimiento. Si consideramos que las fases lógicas de todo estudio jurídico-comparativo, que han de realizarse sucesiva y ordenadamente, son: 1.ª Introducción al método comparativo en general. 2.ª Estudio del Derecho extranjero de que se trate; y 3.ª Estudio comparativo propiamente dicho (6), quedará claro que nuestro trabajo de hoy ha de ser encuadrado en la segunda. Para el

(3) *Ob. cit.*, pág. 99.

(4) T. ASCARELLI: *Studi di Diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milán, 1952, pág. 12.

(5) Lo cual, por otra parte, no implica que renunciemos a señalar los puntos de discrepancia o similitud, en su caso, respecto de nuestro sistema jurídico penal militar, aunque sea a través de un simple comentario sobre la institución suiza de que se trate, pues en esta operación, supuesto el conocimiento del Derecho propio, no se habrá de mencionar éste para que la comparación quede implícitamente realizada. Es decir, siendo el observador español, cualquier parecer o comentario suyo sobre la norma suiza estará hecho “desde” las correspondientes normas españolas, aunque éstas no se citen.

(6) Para la primera fase en relación con el Derecho militar, vid. J. HERNÁNDEZ OROZCO: *Introducción al Derecho militar comparado*, Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, Madrid, 1964, 46 págs. (mecanografiado).

profesor JESCHECK (7), en la metodología comparativa, ya en el específico campo del Derecho penal, se han de distinguir, entre los medios intelectuales de investigación, los siguientes estadios: a) El básico, constituido por el propio punto de vista dogmático y político-criminal del investigador. b) El trabajo exegético del Derecho extranjero. c) La ordenación y exposición sistemática del material recogido; y d) Finalmente, la tarea valorativa de las soluciones encontradas, estadio en que se manifiesta la comparación científicamente considerada. Pues bien; yo diría que las presentes *notas* podrían quedarse en una fase previa, meramente informativa, del trabajo exegético del Derecho penal militar suizo, o sea, encuadrada al inicio, por así decirlo, del apartado b) señalado anteriormente.

## II

### NOCIONES BASICAS SOBRE EL ORDENAMIENTO JURIDICO CONSTITUCIONAL Y MILITAR SUIZO

Suiza, enclavada en el corazón de Europa, es el país de mayor elevación media de todo el Continente, país montañoso por excelencia. La Historia muestra que la montaña ha dado a Suiza su unidad y su independencia. Su *unidad*, sólidamente trabada hoy, a pesar de venir constituida su población por pueblos de tres razas diferentes, que hablan hasta cuatro lenguas distintas y practican dos religiones; su *independencia* (y su *neutralidad*), a pesar de haber estado rodeada en todo tiempo de Estados poderosos. Pero si este pequeño Estado ha mantenido su independencia al abrigo de sus montañas, también han sido éstas encrucijada de caminos por donde el pueblo suizo ha sabido mantener siempre relaciones con el mundo exterior, haciendo constantemente progresar, con criterios abiertos, una estructura económico-social compleja, sana y equilibrada (8).

En el orden político interno, Suiza, conforme a la Constitución Federal de 19 de abril de 1874, es un Estado federal com-

(7) Hans-Heinrich JESCHECK: *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung* (Evolución, tareas y métodos del Derecho penal comparado), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1955, parte tercera.

(8) Manuel de TERÁN: *Imago Mundi. Geografía Universal*, I, Madrid, 1952, págs. 164 y sigs. Suiza tiene una extensión de 41.298 km<sup>2</sup>, con una población estimada en 1941 en 4.265.000 habitantes, muy próxima hoy a los cinco millones. Más de las dos terceras partes es de raza germánica, que domina en el Norte y el centro. Los grupos latinos son: el francés, en el Suroeste (21 por 100), el italiano, en el Sureste (6 por 100) y el romanche o grisón (1 por 100) en algunos valles del extremo oriental de los Alpes. La religión protestante, en sus ramas calvinista y luterana, es profesada por el 56 por 100 de la población; la católica, por el 42 por 100.

puesto de 22 cantones (9), cuyo objeto es "asegurar la independencia de la Patria contra el Extranjero, mantener la tranquilidad y el orden en el interior, proteger la libertad y los derechos de los confederados y acrecer la prosperidad común" (art. 2.º C. F.), estando caracterizada en su estructura jurídico-constitucional por ser un Estado plurinacional (10) basado en principios liberales y democráticos, en que se hace realidad una especie de democracia directa, plasmada en instituciones tales como el referéndum popular, el derecho de iniciativa y la *Landgemeinde*, herencia de una tradición medieval de libertades municipales.

En el orden internacional, la *plena soberanía* (11) y, muy particularmente, la neutralidad (12), son las características esenciales del Estado suizo.

Por lo que respecta a la jerarquía de las fuentes jurídicas, la propia Constitución Federal (art. 6.º C. F.) determina expresamente su primacía sobre las Constituciones cantonales. Tal afirmación no se extiende expresamente al Derecho ordinario (no cons-

(9) Los primitivos grupos comarcales autónomos comienzan a ser denominados "cantones" desde el siglo xv, aunque tal denominación no se utiliza oficialmente hasta fines del xviii. Los 22 cantones, según el orden oficial, son: Zurich, Berna, Lucerna, Uri, Schwitz, Unterwald, Glaris, Zug, Friburgo, Solothurn (Solenza), Basel (Basilea), Schaffhausen, Appenzell, St. Gallen (San Galo), Graubunden, Aargau (Argovia), Thurgau (Turgovia), Ticino (Tisino), Vaud, Valais, Neuchâtel y Ginebra, de los cuales Appenzell, Basilea y Unterwald están divididos cada uno en dos "medios cantones". Sus respectivas fechas de entrada en la Confederación son: Uri, Schwitz y Unterwald, 1291; Lucerna, 1332; Zurich, 1351; Glaris y Zug, 1352; Berna, 1353; Friburgo y Solothurn, 1481; Basilea y Schaffhausen, 1501; Appenzell, 1513; St. Gallen, Graubunden, Aargau, Thurgau, Ticino y Vaud, 1803; Valais, Neuchâtel y Ginebra, 1815.

(10) Compuesto por cuatro nacionalidades culturales, una alemana y tres románicas (francesa, italiana y reto-romana), reconociéndose con arreglo a la Constitución las cuatro lenguas como nacionales y como oficiales las tres principales (art. 116, C. F., reformado en 1938), lo que significa que la legislación federal ha de publicarse en estas tres lenguas. La proporción lingüística con arreglo a la población se expresa en los siguientes porcentajes: alemán, 68,8 por 100; francés, 22,0; italiano, 6,7; reto-romano, 1,2; otras lenguas, 0,3. Cfr. A. CHAPINS: *La Suisse dans le monde*, París, 1940, pág. 238.

(11) Aunque la Confederación quedó de hecho al margen del Imperio al terminar la guerra suaba, con la paz de Basilea (1499), el reconocimiento solemne de su independencia no tuvo lugar hasta la Paz de Westfalia (1648), en que quedó confirmada y garantizada *de iure* la independencia de la "Confederación helvética". Vid. Georg STADTMULLER: *Historia del Derecho internacional público*, I, Ed. Aguilar, Madrid, 1961, páginas 166 y sigs.

(12) La neutralidad suiza, establecida desde hacía siglos por el Derecho internacional consuetudinario, fué reconocida y garantizada internacionalmente por el acta del Congreso de Viena de 20 de noviembre de 1814. Sobre la "neutralización" de Suiza, vid. STADTMULLER, *ob. cit.*, páginas 208 y sigs. y 233.

tucional), pero como indica GARCÍA-PELAYO (13), aparte de que desde 1848 tal regla se ha afirmado de modo ininterrumpido como norma consuetudinaria y, sobre todo, en la jurisprudencia del Tribunal Federal, la primacía del Derecho federal ordinario sobre el cantonal se desprende de modo inmediato tanto del sentido general de la Constitución como del contenido de alguno de sus preceptos. En el primer aspecto —afirma el autor citado—, es claro que el atribuir competencias legislativas a la Federación sin necesitar para su validez la transformación en Derecho cantonal, tiene la finalidad de obtener una regulación unitaria, y ello no sería posible si el Derecho cantonal primara sobre el federal. En el segundo aspecto, el art. 102, 5 de la C. F. confiere a la Federación poder para ejecutar las leyes y resoluciones federales, estando, por tanto, dotada de atribuciones para hacer prevalecer su propio ordenamiento jurídico sobre el de los cantones.

En la distribución de competencia entre el *Bund* o Federación y los cantones, partiendo, como se ha dicho, de la primacía del Derecho federal, dentro de un complejo cuadro establecido constitucionalmente, son competencias exclusivas de la Federación la declaración de guerra, la conclusión de la paz, las alianzas y, en general, las relaciones internacionales (arts. 8.º, 9.º y 10, C. F.), la organización, instrucción y armamento del Ejército y la fabricación de armas de guerra (arts. 20 y 41, C. F.), así como la disposición y mando del Ejército en caso de peligro (arts. 19, 85, 9, 102, 11 y 12, C. F.). Los cantones no pueden celebrar tratados políticos ni alianzas con otros cantones (art. 7.º, C. F.), ni mantener, con excepción de una gendarmería, fuerzas armadas superiores a trescientos hombres (art. 13, C. F.). Una gran parte de las decisiones de la Federación son ejecutadas por los cantones, de forma que una de las obligaciones de éstos es la de servir de órganos a la Federación, sometidos en calidad de tales a la vigilancia y dirección de ésta; como sucede, por ejemplo, con las Fuerzas Armadas. En caso de resistencia de los cantones, la Federación puede acudir a la ejecución federal en forma de intervención militar (art. 85, 7 y 8, C. F.).

Existen también competencias concurrentes respecto de aquellas materias que pueden entrar dentro de la actividad de la Federación en el caso de que ella así lo decida, o aquellas respecto de las cuales comparte su regulación con los cantones; como ocurre respecto de las militares, salvo lo indicado anteriormente (artículo 22, C. F.), y con respecto a la legislación civil, penal, mercantil, económica y de extranjeros (arts. 64, 69 y 70, C. F.). Con arreglo a la reforma constitucional de 1947, que supuso una ampliación de competencias de la Federación, se atribuyó a ésta fa-

(13) Manuel GARCÍA-PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, 3.ª edición, Revista de Occidente, Madrid, 1953, págs. 541-542.

cultad para tomar medidas de precaución ante tiempos de guerra. En suma, puede decirse que "Suiza, como los demás Estados federales, se caracteriza por un desplazamiento del equilibrio federal hacia el Poder central" (14), siendo muy marcada la corriente que tiende a incrementar la serie de competencias gubernamentales, legislativas, jurisdiccionales y administrativas de la Federación, tendencia concordante en el terreno de los derechos individuales con un mayor estatismo, que hace que la efectiva esfera de aquellos derechos ceda cada vez más ante la ampliación de funciones estatales.

La organización federal se manifiesta en la existencia de tres órganos: Asamblea federal, Consejo federal y Tribunal federal, aunque hay que señalar que no tienen asignadas funciones exclusivas, de manera que la Asamblea, aun cuando es un órgano esencialmente legislativo, tiene también funciones de índole ejecutiva y judicial; el Consejo, esencialmente ejecutivo, tiene también competencias judiciales, por ejemplo. En principio, pertenecen a la Asamblea todas las competencias asignadas por la Constitución federal a la Federación y que no hayan sido expresamente atribuidas a otro órgano federal (art. 84, C. F.). Entre sus competencias precisas, en cuanto aquí nos interesan, está la de "dictar leyes y decretos sobre las materias asignadas por la Constitución a la competencia federal" (15); en el orden gubernamental y administrativo, corresponde a la Asamblea la política exterior, tomar medidas de seguridad, mantener la independencia y la neutralidad del país, ratificar tratados y alianzas, declarar la guerra y concluir la paz (art. 85, 5 y 6, C. F.). En relación con tales misiones, le corresponde disponer del Ejército federal y nombrar al General en Jefe, cargo que sólo se cubre en caso de guerra o alarma (art. 85, 4 y 9, C. F.), así como las medidas para la tranquilidad, orden y seguridad interior. Igualmente es competente la Asamblea para "la alta vigilancia de la Administración y de la Justicia federal". Y como esfera intermedia entre lo judicial y lo gubernamental, le corresponde la concesión de indultos y amnistías (art. 85, 7, C. F.).

El Consejo federal tiene, a reserva de las atribuciones de la Asamblea, la disposición de las Fuerzas Armadas, a las que, en caso de urgencia y no estando reunida aquélla, puede proceder a movilizar, pero debiendo convocar inmediatamente a las Cámaras (arts. 11 y 12 de la Ley federal de 1914 sobre Organización de la Administración federal), correspondiéndole los asuntos ad-

(14) GARCÍA-PELAYO, *ob. cit.*, pág. 536.

(15) La legislación federal ha de ser publicada en cada una de las tres lenguas oficiales. Ello da lugar, a veces, a difíciles problemas de interpretación, dado que muchas locuciones no tienen en las otras lenguas traducción precisa. Sobre este punto, con algunos ejemplos concretos, vid. GARCÍA-PELAYO, *ob. cit.*, pág. 538, nota 7.

ministrativos militares que ejerce a través del Departamento militar (16); en el aspecto legislativo, aparte de la posibilidad de participar en las funciones de la Asamblea a través de un derecho de iniciativa y de opinar sobre las proposiciones de aquélla o de los cantones, tiene el Consejo competencia tanto para promulgar y publicar las leyes (arts. 2.º y 14 de la Ley federal sobre el referéndum), como para legislar por sí mediante decretos, cuando este poder le haya sido delegado por la Asamblea, o sin esta delegación, en casos de urgencia (17).

En el cuadro de la declaración de derechos individuales contenida en la Constitución, los deberes de los ciudadanos suizos son, fundamentalmente, el de contribuir a las cargas federales a través de la obligación tributaria, y el deber del servicio militar, con respecto al cual se ha de procurar que en la medida de lo posible los Cuerpos se formen con ciudadanos de un mismo cantón (art. 18, C. F.). Las instituciones militares están reguladas principalmente por textos legales federales. Es característico el sistema suizo de "milicias", cuya composición y regulación ha expuesto sintéticamente DEPIERRE (18) en trabajo perfectamente accesible, lo que nos excusa de hacer aquí otras indicaciones, salvo la de señalar los textos legales vigentes de mayor importancia en cuanto a la constitución y organización militar suiza, y que son: los básicos *preceptos constitucionales*, arts. 13, 18, 19 y 20, C. F.; la *Ley federal de Organización Militar* de 12 de abril de 1907, modificada en 25 de septiembre de 1952 y 21 de diciembre de 1960; la *Ley federal relativa a la tasa de exención del servicio militar*, de 12 de junio de 1959; la *Ordenanza relativa al Servicio Auxiliar Femenino*, de 20 de diciembre de 1960, y, finalmente, como regulador de la organización actual del Ejército, el *Decreto de la Asamblea federal relativo a la Organización del Ejército (tropas federales)*, de 20 de diciembre de 1960.

Tampoco nos hemos de extender aquí en la exposición de la organización, atribuciones y competencia de la administración de Justicia militar (19), ni en consideraciones procesales. Señalaremos

(16) Uno de los siete departamentos en que el Consejo está organizado.

(17) Sobre el llamado "Derecho de necesidad", al que dieron origen los problemas políticos planteados por el mantenimiento de la neutralidad suiza ante dos guerras mundiales y la necesidad de hacer frente a las crisis económicas, caracterizándose por una alteración del método normal de legislación (por "decreto urgente" del Consejo, en vez de por "ley"), vid. GARCÍA-Pelayo, *ob. cit.*, págs. 571 y sigs.

(18) René DEPIERRE: *La Justicia militar suiza. Evolución, organización y competencia*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 3 (enero-junio, 1957), págs. 101 y sigs.

(19) Sobre los aspectos orgánicos y procesales, vid.: DEPIERRE, artículo citado; el mismo: *Swiss Military Justice*, en "Military Law Review", Washington, núm. 21 (julio de 1963), págs. 123 y sigs.; Arthur HAÉFLIGER: *Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung* (Comentario a la Ley federal

solamente que la existencia misma de los Tribunales militares no constituye una excepción a la norma constitucional contenida en el art. 58, párrafo 1.º, de la C. F., conforme al cual nadie puede ser juzgado sino por el juez ordinario ("su juez natural"), sin que puedan instituirse tribunales excepcionales o extraordinarios. Y no constituye una excepción, porque como la doctrina y la jurisprudencia suizas han reconocido, se han de distinguir los tribunales extraordinarios o excepcionales (prohibidos por el texto constitucional) de los tribunales especiales, como lo son los militares, o los administrativos o comerciales (20), perfectamente constitucionales.

Las normas orgánicas y procesales militares vienen contenidas en la *Ley federal de 28 de junio de 1889 sobre la organización judicial y el procedimiento penal para el Ejército federal* (21). Esta ley, que— al decir de DEPIERRE (22)— sólo ha sufrido retoques en lo accesorio, puesto que sus numerosas modificaciones no han afectado a sus principios generales, lleva, pues, vigente más de setenta años, longevidad que prueba que la institución de la Justicia militar en su forma actual está plenamente enraizada en el sistema jurídico suizo, respondiendo a las especiales características de la Confederación y de su Ejército. Entre las modificaciones de la Ley básica de 1889 cabe citar: la Ley federal

---

de 28 de junio de 1889 sobre la organización judicial y procedimiento penal para el Ejército federal), Verlag Stämpfli, Bern, 1959, con interesantes antecedentes históricos y abundante bibliografía.

(20) Para un desarrollo de la interesante cuestión de la constitucionalidad de los Tribunales militares, véase: DEPIERRE, artículo citado, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, pág. 117; Jean GRAVEN: *La garantie du juge naturel et l'exclusion des Tribunaux d'exception*, en el trabajo colectivo dedicado a la Constitución federal y publicado por las Facultades de Derecho suizas bajo el título *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht* (La libertad del ciudadano en Droit suisse), Zurich, 1948, páginas 212 y sigs.; WILLI: *Die Trennung der militärischen von den bürgerlichen Gerichtsbarkeit nach schweizerischen Recht* (La separación entre las jurisdicciones militar y civil según el Derecho suizo), 1954, y el resumen de este trabajo a cargo de STEINER en la "Revue Militaire Suisse", 1955, pág. 459.

(21) Cuyo texto puede verse en los periódicos oficiales "Amtliche Sammlung des Bundesgesetze und Verordnungen-Recueil Officiel des lois et ordonnances" (R. O.), 11, pág. 254; o en el "Recueil Systématique des lois et ordonnances", vol. 3.º, pág. 451; así como en la publicación oficial N.º A 61 f *Justice pénale militaire. B. Organisation judiciaire et procédure pénale*, págs. 78 y sigs., con las modificaciones hasta 1951; o en el *Kommentar...* de HAEFLIGER citado antes en nota 19.

(22) René DEPIERRE, artículo citado, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, pág. 121. El propio autor da noticia de que, inmediatamente después de la primera guerra mundial, se produjo una iniciativa contraria a la Justicia militar suiza, pretendiéndose entonces la supresión de los Tribunales militares mediante la inclusión en la Constitución federal de un art. 58 bis que así lo estableciera; iniciativa rechazada por *votación popular* el 30 de enero de 1921.



de 23 de diciembre de 1911, Ley federal de 13 de junio de 1927 que promulgó el Código penal militar, en cuanto afectó a la ley orgánica y procesal, la Ley federal de 28 de octubre de 1937 (23), La Ley federal de 13 de junio de 1941 de adaptación al nuevo Código penal común tanto del Código penal militar como de la Ley orgánica y procesal militar (24), y la Ley federal de 21 diciembre 1950 modificativa del Código penal militar y de la Ley orgánica (25). Por otra parte, como disposiciones complementarias recientes de la Ley de 1889, se pueden señalar: Decreto del Consejo federal de 31 de marzo de 1948 relativo a la competencia de los Tribunales de división y territoriales (26), Orden del Consejo federal de 5 de septiembre de 1952 sobre la misma materia, y Decreto del Consejo federal de 15 de mayo de 1951 dictado para desarrollo y ejecución de ciertos preceptos del Código penal militar y de la Ley de 1889 (27).

Finalmente, en cuanto al Derecho sustantivo, digamos que el *Código penal militar* suizo vigente fué aprobado por Ley de 13 de junio de 1927, entrando en vigor el 1.º de enero de 1928. Más adelante tendremos ocasión de hacer referencia tanto a las tareas de codificación que precedieron a su promulgación, como a las disposiciones que ulteriormente han modificado su texto o lo complementan.

### III

#### EVOLUCION HISTORICO-LEGISLATIVA DEL DERECHO PENAL MILITAR SUIZO

Una esquemática exposición del desarrollo histórico de las normas penales militares puede hacerse teniendo en cuenta, a efectos cronológicos, los cuatro períodos en que suele dividirse la historia jurídico-constitucional suiza (28): el llamado de la "Confederación Antigua", el de hegemonía francesa, el de Pacto confederal de 1815 y el del Estado federal contemporáneo (29).

(23) R. O., 54, pág. 59.

(24) R. O., 57, pág. 1301.

(25) R. O., 1951, pág. 439.

(26) R. O., 1948, pág. 288.

(27) R. O., 1951, pág. 457.

(28) Cfr. GARCÍA-PELAYO, *ob. cit.*, pág. 524; J. C. BLUNTSCHLI: *Geschichte des schweizerischen Bundesrechts*, Stuttgart, 1875; A. LARGIARDER: *Historia de Suiza*, trad. española, Barcelona, 1935.

(29) Para las indicaciones históricas que siguen hemos utilizado principalmente, partiendo de las explicaciones orales del profesor RODRÍGUEZ DEVESA en curso anterior, las siguientes obras: JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, I, 2.ª ed. Buenos Aires, 1956, págs. 474 y sigs. E. MEZGER: *Tratado de Derecho penal*, I, ed., 1955, págs. 83-84; DEPIERRE, los dos artículos citados *supra*, que contienen algunas alusiones al Derecho sustantivo; Carl HILTY: *Der Entwurf des schweizerischen Militärstrafgesetzbuches* (El

## 1. LA CONFEDERACIÓN ANTIGUA

Se extiende este período desde finales del siglo XIII hasta la época de la Revolución francesa. No hay que perder de vista que en toda esta época estamos ante una unión o asociación de grupos comarcales autónomos basada más que en un pacto general, en contratos particulares, variables en su contenido, aunque supuestos como perpetuos, con un fin, en lo esencial, de garantía frente al exterior. Se inicia, dando lugar a la "Confederación de las tres Comarcas", en 1291 con el pacto perpetuo (30) concluído por Uri, Schwitz y Unterwald, esencialmente defensivo, en el cual se establecen ya normas de competencia y sanciones penales, limitando la esfera de acción del juez imperial. Tras la batalla de Morgarten (1315), en que "la infantería aldeana suiza derrota a los caballeros austríacos", se concluye el *pacto de Brunnen*, que refuerza el de 1291, comenzando ya a hacerse más laxa la dependencia de la Confederación con respecto al Imperio. Sucesivamente, entran en la Confederación (*Eidgenossenschaft*, de *Eid* = juramento) tres ciudades y dos nuevas comarcas, que integrarán la llamada "Confederación de las ocho Comarcas o cantones" (de 1332 a 1353).

En este período y en el subsiguiente hasta la Carolina (principios del siglo XVI) el Derecho penal suizo se puede considerar como parte del alemán, si bien con amplias características propias. La Dieta (*Tagsatzung*) o reunión de los representantes de las comarcas, es el único órgano común de la época. No existe, por supuesto, un ejército confederado, sino ejércitos cantonales. En el orden judicial y penal sustantivo rige con caracteres absolutos el principio de la ley personal (*Heimatprinzip*), que supone la exclusiva competencia del juez o autoridad del cantón de origen, que aplica las normas penales sustantivas propias, de forma que el delincuente, previa una encuesta realizada por los Jefes

---

Proyecto de Código penal militar suizo), en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" (ZStW), vol. 2.º, 1882; HAFLIGER: *Kommentar...*, citado, págs. 1-10, que hace alguna referencia al derecho material; un breve, pero sustancioso resumen histórico para el período 1851-1918 se contiene en la *Introducción* del "Botschaft o Mensaje del Consejo federal a la Asamblea federal sobre un Proyecto de Código penal militar suizo", de 26 de noviembre de 1918, cuya versión alemana hemos tenido a la vista, y al que después tendremos ocasión de referirnos más ampliamente.

Sobre Derecho penal general, vid: Ladislao Thor: *Historia del Derecho penal suizo y holandés*, en "Revista Argentina de Ciencias Políticas", páginas 353 y sigs.

(30) El pacto de 1291 es el primer documento escrito de que se tiene noticia respecto del nacimiento de la Confederación, pero es de señalar que aquél hace ya referencia a otro anterior.

militares en los casos de infracciones graves, era entregado a las autoridades civiles de su cantón para su castigo con arreglo a las leyes locales. Existen, sin embargo, algunas normas comunes a la Confederación, constituidas por una serie de pactos, como la "Carta de los Clérigos" (*Pfaffen Brief*) que somete a los extranjeros que se encuentren en el país a las jurisdicciones y derechos locales; por otra parte, como quiera que las luchas eran frecuentes, tanto el pueblo como los caudillos militares reconocieron la necesidad de ordenanzas rigurosas de orden penal y procesal para la conducción de la guerra, con el fin de mantener una más estricta disciplina militar, particularmente cuando una campaña se realizaba a la vez por varios cantones, supuesto en que se daba el caso de que los soldados de diferentes lugares de origen podían ser castigados por una misma infracción con arreglo a leyes diferentes. El más antiguo pacto conocido que regulaba esta materia, verdadera "Ordenanza de la Guerra", es el *Convenant de Sempach* (*Sempacher Brief*) de 10 de julio de 1393, que junto a algunas reglas de procedimiento, establecía ya ciertas reglas comunes de Derecho penal sustantivo, castigando el robo en perjuicio de un confederado en tiempo de guerra o paz, así como el saqueo sin orden de los capitanes, a los que debía ser entregado el botín para su reparto ulterior; sancionaba la violación de las iglesias, los ataques y malos tratos a las mujeres y doncellas, etc. (31). Su finalidad esencial era poner límite a la iniciación y conducción arbitraria de la guerra, tendiendo a reforzar la disciplina. Responde, pues, al sistema germánico de ordenanzas militares que tanto había de proliferar en Europa más adelante, con la publicación de tantos y tantos *Kriegsartikel*, *Artikelsbriefe* o "Artículos de la guerra". En el terreno procesal, en cambio, la Carta de Sempach no terminó ni mucho menos con el *Heimatprinzip*, sino que lo reforzaba al determinar que cualquier malhechor en campaña debía ser juzgado por el cantón o territorio de origen, a cuyo juez debía ser entregado "en cuerpo y hacienda". En cuanto al mejoramiento de la disciplina militar, no cabe duda que lo produjo, ya que a partir de los principios de la Carta de Sempach se promulgaron por los cantones normas de Derecho militar (Ordenanzas, *Articulsbriefe*), a la vez que la Carta misma, como fundamento de las leyes de guerra confederadas, fué objeto de sucesivas adiciones y ampliaciones (1481, 1499, 1521, 1522, 1647 y 1702, por ejemplo).

A comienzos del siglo xvi la Confederación ofrece ya la estructura que va a perdurar hasta la invasión francesa. Son ya trece las comarcas o cantones confederados con plenitud de derechos. El Derecho penal en general, dentro del particularismo cantonal,

---

(31) Los preceptos relativos a las mujeres constituían la "Frauenbrief".

muestra, para el período de comienzos del siglo XVI al siglo XVIII, la importancia legislativa que adquiere en Suiza la Carolina.

La *Constitutio Criminalis Carolina* (32), cuya vigencia, como es sabido, se inicia en 1532, fué el primero y único Derecho penal común del Imperio hasta 1870. De sus 219 artículos sólo la tercera parte se ocupan del Derecho penal sustantivo, regulando los demás materias de procedimiento y organización de tribunales (33). La importancia de la Carolina, aparte de su influencia fuera de las tierras germánicas, se debe, como dice ASÚA, a que con este Código se asienta definitivamente el Poder público del Estado en materia punitiva, dándose fijeza al Derecho.

Un vehículo de expansión de la Carolina por tierras de Europa lo fueron precisamente los cuerpos de mercenarios suizos al servicio de monarcas extranjeros. Desde principios del siglo XVI, en efecto, los soberanos europeos alistaron regimientos suizos por medio del sistema de capitulaciones militares (*Militärkapitulationen*), sobre la base de que dichas fuerzas quedaban sometidas en todo a sus propios Mandos, dentro de las condiciones pactadas en la contrata; como un reflejo directo del *Heimatprinzip*, y puesto que la lejanía hacía ya prácticamente imposible el sometimiento del delincuente a las autoridades del cantón de origen, la jurisdicción se atribuía a jueces extraídos de las tropas mismas, estableciéndose en lo penal un fuero propio y privativo, que excluía toda jurisdicción de las autoridades y jueces del país a que servían. Es de observar que este sistema que determinaba la competencia de los propios Consejos de Guerra de las tropas en virtud de una especie de delegación de los cantones, llegó a implantarse luego incluso para los tropas cantonales en el propio territorio suizo; la llamada *Defensionale* (*Defensional fédéral*) aceptada por la Dieta en 1668, establecida como recopilación del Derecho de la guerra de las tropas confederadas en el territorio patrio y que vino a sustituir a la Carta de Sempach y sus últimas adiciones, mantenía la competencia del cantón de origen, pero pocos meses después la propia Dieta recomendaba a los cantones que delegaran en los Consejos de Guerra el juicio de los hechos criminales, incluso aunque su castigo comprometiera "el cuerpo y la vida del delincuente".

Pero dejando aparte este precedente o práctica interna, el hecho es que para las fuerzas al servicio del extranjero quedaba determinada la exención jurisdiccional respecto del juez territorial. Así, por ejemplo, lo determinaba el art. 8.º de la Capitulación para la alianza militar de los confederados con Luis XIV

---

(32) Conocida también por su denominación alemana: "Peinliche Gerichtsordnung". Cfr. ASÚA, *ob. cit.*, I, pág. 294, y MEZGER, *ob. cit.*, I, pág. 29.

(33) Para el contenido de la Carolina, vld. Robert von HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, vol. I, Berlín, Springer, 1925, págs. 175 y sigs.

de Francia en 1663: "... y las Justicias han de ser administradas por el juez de la nación de origen, con exclusión de todos los demás" (...und soll die Justitzien verwaltet werden durch die Richter der nation un keinen andern). La Dieta, cuando algún juez o autoridad extranjeros quisieron atribuirse competencia penal sobre tropas mercenarias suizas, se pronunció siempre con gran entereza en favor de este principio. Los mercenarios suizos, pues, quedaban sometidos a su propia jurisdicción, ejercida por delegación por sus Consejos de Guerra, y también a su Derecho sustantivo propio. Como no existía un Derecho nacional, sino el de los diferentes cantones, resultaba difícil, por no decir imposible, para esas fuerzas militares en el extranjero conocer todos los ordenamientos, costumbres y prácticas cantonales. Existió, para obviar en parte estas dificultades, una Ordenanza especial "para las tropas al servicio del extranjero" (*für die Truppen in fremden Diensten*), y desde 1704 una ordenanza de la guerra, que debía ser ejecutada "como si de las normas de los mismos honorables cantones se tratara", expedida "a los Señores Oficiales" para su aplicación "en todo tiempo a las tropas al servicio de Príncipes extranjeros" (*Schweizerisches Kriegs-Recht, wie selbiges von den loblichen Cantonen in alle Fürsten-Dienste den Herren Offizieren mitgegeben und allezeit practiciert wird*).

Mientras que hasta principios del siglo XVIII las normas de Derecho penal material se habían venido basando en las raíces mismas del Derecho suizo tradicional, de origen germánico, pero características propias, ahora, bajo el influjo sin duda de los Auditores letrados, la Carolina, dos siglos después de su promulgación, llega a convertirse prácticamente en el Derecho penal del suizo al servicio del extranjero. Poco a poco se había ido abandonando la aplicación del Derecho del cantón de origen, que venía sustituido por aquellas recopilaciones de normas comunes de Derecho de gentes, ordenanzas disciplinarias, penales, procesales, etc., hasta que se produce esa unificación por adopción de la Carolina, en textos y traducciones que quedaban en realidad incorporados al ordenamiento del país que tenía a su servicio regimientos suizos, como una especie de Derecho particular de aplicación exclusiva a tales fuerzas mercenarias. Para las tropas suizas en Francia (34), el Capitán Vogel de Colmar, gran Juez de las Guardias Suizas del Rey, en 1734, publicó una traducción de la Carolina bajo el título *Code criminel de l'empereur Charles V à l'usage des conseils de guerre des troupes suisses*. Otra traducción de la Carolina se

(34) Según ALMIRANTE (*Diccionario Militar, etimológico, histórico, tecnológico*, Madrid, 1869, voz "suizos", pág. 1018), el primer tratado que Francia celebró con los cantones suizos para la recluta de mercenarios se remonta al 28 de octubre de 1444, renovado por Luis XI en 1463 y por Luis XII en 1500. Pero creemos que estos acuerdos eran distintos a los de Capitulación, que se iniciaron precisamente en el siglo XVI.

publicó, según HAEFLIGER (35), en 1756 por Ludwig y Von Tschoudi, que la enviaron a las autoridades de los Estados confederados, llegando a ser el Código aplicado a todas las tropas suizas al servicio de potencias extranjeras (*der leitende Kodex für die Rechtsprechung aller Schweitzer Truppen in fremder Potentaten Dienst*).

En nuestra Patria, a pesar de la importancia indudable de esta materia para la historia y orígenes de nuestro Derecho militar, creemos que está por hacer el estudio serio de las fuentes jurídico-castrenses que rigieron las tropas suizas que formaron en nuestros Ejércitos durante todo el siglo XVIII.

Según VALLECILLO (36) "los suizos principiaron en España con dos regimientos levantados en Barcelona en 30 de mayo de 1718, con destino a la expedición de Sicilia, el uno con el nombre de *Esguizaros* y con el de *Grisones* el otro, cuyos regimientos, a causa de existir en ellos algunos individuos no católicos por falta de expresión en las capitulaciones, fueron licenciados al regreso de la expedición expresada".

Las Ordenanzas de 1728 no hacen referencia alguna a los Cuerpos suizos, limitándose a expresar que "de aquí en adelante no hay en nuestra Infantería más que tres naciones (37), a saber: española, italiana y walona", siendo así que, según el mismo VALLECILLO, existía ya en dicho año la "nación" suiza representada por el Regimiento de Niderist, formado en 1725 y por el de Bestler (o Wesler), formado en 1726. Ya se hace referencia a estos cuerpos de suizos en las Ordenanzas de 1762 y desde luego en las de Carlos III de 1768 (38). Comentando estas últimas, VALLECILLO recuerda que "se capituló en Barcelona el año de 1720 la leva del primer regimiento suizo, propiamente dicho, que desde 1700 acá hubo en España, todos católicos; a cuya capitulación siguieron otras que completaron el número de tres a cinco regimientos, que son los que constantemente hubo hasta el año 1822 en que vencie-

(35) *Ob. cit.*, pág. 5.

(36) Antonio VALLECILLO: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas militares expedidas en 22 de octubre de 1768*, Madrid, 1861, página 15.

(37) "En los siglos XVI y XVII, en que los españoles combatían casi siempre en compañía de cuerpos extranjeros, éstos llevaban el nombre genérico de *naciones* (ALMIRANTE: *Diccionario*, cit., voz "nación", pág. 821). Dice así, por ejemplo, COLOMA (D. Carlos COLOMA: *Guerra de los Estados Bajos desde el año 1588 hasta el de 1599*, Amberes, 1625; Barcelona, 1884; libro octavo), "ordenóse también a don Agustín (Mexía) que con su tercio y tres mil infantes de *naciones* tirase la vuelta de la frontera de Francia..."

(38) *Ordenanzas de Su Magestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, 1768, en cuyo título primero, del tratado primero, bajo la rúbrica "Fuerza, pié y lugar de los regimientos de Infantería", el art. 1.º dice: "El pié de mi Infantería, compuesto hoy de españoles, irlandeses, italianos, valones y suizos..."

ron las últimas capitulaciones, si bien quedaron algunos individuos sueltos, cuya suerte se fijó definitivamente por Real orden de 30 de junio de 1835" (39). Abundantes datos sobre el origen, servicio e historia en nuestro país de estos Cuerpos suizos nos suministra COLÓN (40), según el cual, "cuando los turcos se apoderaron de la Morea el año 1715, quitándosela a los venecianos, se hallaban entre las tropas que guarnecían aquella Península al sueldo de esta República dos Regimientos suizos, de los cuales el uno pasó al servicio de España el año 1719, compuesto de cuatro Batallones pertenecientes al cantón de Schwitz C. A. R., siendo su Coronel Monseñor Niderist". En las capitulaciones y contratas que se verificaron a lo largo del siglo XVIII, se solía especificar que "aunque queda a favor del Rey el derecho de propiedad" sobre cada uno de estos Cuerpos, "se ha de conservar siempre en el pie de suizo, manteniéndole el libre uso de la Justicia privativa que tienen los demás Cuerpos helvéticos", privilegio que debía constar siempre a todas las Autoridades españolas, ya que "las contratas eran públicas". Así, por ejemplo, de la capitulación de 3 de agosto de 1779 celebrada con los Regimientos suizos de Erler y Betschart, del cantón de Schwitz, en cuyo art. 21 se decía que "el Coronel con el Consejo de Guerra de su Regimiento tendrá y ejercerá libre uso de Justicia sobre todos sus individuos", se dió comunicación a los Capitanes Generales e Inspectores el día 6 del propio mes, "para que la hicieran cumplir y observar exactamente". Por R. O. de 20 de julio de 1742 se había ya determinado con carácter general que "el Consejo de Guerra de cada Regimiento (suizo) ha de ejercer absoluta y privadamente, sin dependencia de Tribunal ni Gefe alguno, el uso de la Justicia criminal y civil, sobre todos sus individuos, como lo practican en Francia y demás parages en que sirven los Cuerpos de esta Nación, reglado a las Leyes y estilos de ella, y sin apelación a otro Juzgado que el de sus propios Cantones", con la sola excepción de que "en todos los delitos y crímenes de lesa Magestad Divina y Humana, y excesos que el Coronel o el Regimiento puedan cometer directamente, y contra el Real Servicio Militar, que son obligados a hacer en virtud de sus contratas, serán siempre reconvenidos y castigados según Leyes y Pragmáticas de estos Reynos y Reales Ordenanzas en el mismo modo que están sujetos a ellas los demás Regimientos de los Exércitos del Rey". El último artículo de la contrata citada de 1779 concluía que "en todo lo demás que no expresa esta Capitulación, y que corresponde al servicio que han de hacer estos Regimientos, deben ser tratados como las demás Tropas de S. M. sujetos a las

---

(39) VALLECILLO, *ob. cit.*, pág. 15.

(40) DON FÉLIX COLÓN LARRIÁTEGUI: *Juzgados Militares de España y sus Indias*, tomo II, Madrid, 1788, págs. 631-665.

Reales Ordenanzas, y obligados a emplearse donde S. M. los necesite en sus Dominios y fuera de ellos en Europa, con la reserva de que no serán en ningún tiempo empleados ofensivamente contra los Cantones Suizos y sus Aliados, que son Su Santidad, el Imperio Romano, el Rey de Francia y el Archiduque de Austria en sus países hereditarios de Alemania”.

Hay que señalar, en cuanto a la aplicatoriedad de las normas penales sustantivas propias a los individuos suizos, que fueron paliadas cuando se consideraron excesivamente rigurosas. Así, por R. O. de 31 de octubre de 1781 se dispuso que “aunque por las últimas Contratas... les está permitido el libre uso de Justicia, no debe este privilegio ofender en manera alguna a los Estatutos y Pragmáticas de estos Reynos; y como uno de los principales objetos que tuvo S. M. para mandar que no se sentenciase a ningún reo a Presidio por más tiempo que el de diez años fué el de precaver la desertión que hacían a los Moros muchos confinados, abandonando hasta la Religión, a causa de verse privados para Siempre de su libertad, declara el Rey que esta regla debe regir indistintamente en todos los Cuerpos del Ejército sin excepción de los Suizos, y en consecuencia manda S. M. que cuando los Regimientos Suizos impongan a algún delinquente la pena de Presidio o Arsenales no exceda la sentencia del tiempo de diez años por ningún motivo”, añadiendo que “después de confinados los reos a Presidio o Arsenales no tienen los Regimientos Suizos más intervención ni conocimiento de sus causas, pues se consideran ya como otros cualesquiera presidiarios separados enteramente de los Cuerpos en que sirvieron”.

Conforme explica COLÓN (41), “los Regimientos suizos siguen en sus causas criminales las Leyes de su nación con arreglo al Código criminal de Carlos V... que es un Edicto vulgarmente llamado la Carolina, que contiene muchos Decretos expedidos por el Señor D. Carlos V... en la Dieta de Ausbourg en 1530 y en la de Ratisbona en 1532, a instancia y con aprobación de los Estados del Imperio, para reformar muchos abusos que se experimentaban en la administración de la Justicia criminal”, extendiéndose luego en una serie de datos sobre su contenido (42). COLÓN afirma recoger todos estos datos de “la traducción de la Carolina del alemán al francés, dispuesta para Instrucción de los Oficiales de los Regimientos suizos por Don Leonardo Luis de Tschoudi, Consejero de la República de Glarus, Capitán que fué de las Guardias Suizas y Coronel de un Regimiento suizo al servicio del Rey de las dos Sicilias, y Don Joseph Antonio de Tschoudi, Con-

(41) *Ob. cit.*, tomo II, págs. 647-648.

(42) Que COLÓN recoge en su obra (págs. 649 y sigs.), traduciendo al castellano sus normas y formularios de procedimiento, conforme a la traducción francesa que se cita en el texto.



sejero también de la misma República, Gentilhombre de Cámara de S. M. Siciliana, Mariscal de Campo de sus Reales Ejércitos y Coronel que fué de sus Guardias Suizas”, traducción impresa en el cantón de Zug en 1743, y dedicada “a los Consejos Soberanos de los trece loables Cantones del noble Cuerpo Helvético”, teniendo en ella cada artículo de la Carolina sus respectivas notas y observaciones, a modo de glosa. Sin duda se refiere aquí COLÓN a una impresión primitiva de la misma traducción de la Carolina citada por HAEFLINGER, que la fecha en 1756, y que ya vimos anteriormente. En todo caso, no cabe duda que este texto fué el que tuvo aplicación práctica en los Regimientos suizos al servicio del Rey de España durante el siglo XVIII.

Expuestas en síntesis las líneas generales primero de la normativa penal de las tropas cantonales hasta la Defensionale, y en segundo lugar de las tropas al servicio del extranjero (43), queda cerrado este breve cuadro de la evolución del Derecho penal militar suizo para el período de la “Confederación Antigua”.

## 2. LA HEGEMONÍA FRANCESA (1798-1815)

La situación suiza, con las alteraciones políticas producidas como reflejo de la Revolución francesa, dió pie a la intervención de Francia, que trajo como consecuencia la elaboración por los liberales suizos de una Constitución imitada de la francesa de 1795, que, con ciertos retoques, fué promulgada el 12 de abril de 1798, creando la “República helvética una e indivisible”. Aparte de al-

---

(43) Desde 1830, ciertos cantones prohibieron expresamente las contrataciones de mercenarios en sus territorios. La Constitución de 1848 extendió tal prohibición a todo el territorio de la Confederación. El art. 98 de la Ley de 1851 sobre justicia penal y el art. 65 del Código penal federal de 1853, señalaban una pena para el suizo que se alistase para servir en el extranjero. Finalmente, la Ley “relativa al alistamiento para el servicio militar en el extranjero” de 30 de julio de 1859, autorizaba la persecución en vía criminal de quien se enrolase en ejército extranjero sin autorización del Consejo federal. La cuestión está hoy regulada en el artículo 94 del Código penal militar de 1927, que castiga como autor de un delito “contra el potencial defensivo del país”, con la pena de prisión (de tres días a tres años) en tiempo de paz, al suizo que, sin autorización del Consejo federal, se aliste al servicio de un ejército extranjero, pudiendo ser la pena en tiempo de guerra de reclusión (de uno a veinte años), sancionándose también al que haga el alistamiento o lo favorezca; naturalmente, no se castiga al suizo que, residiendo en otro país y habiendo adquirido esta nueva nacionalidad, cumple allí su servicio militar normal. Es curioso observar que, sin embargo, la autorización del Consejo federal no se exige para el alistamiento en la Guardia del Papa, que sigue siendo perfectamente lícita. Recordemos que la Guardia Suiza del Vaticano se fundó en 1506, siguiendo hoy su recluta “sin que por ello se sienta afectada la neutralidad suiza”.

gunos ordenamientos orgánicos y procesales (44), se dictó en 21 de diciembre de 1798 un Código penal militar, que, como era de esperar, constituía una simple imitación del francés. Su escaso valor técnico y práctico, unido al desarrollo inmediato de los acontecimientos políticos, explican su corta vida y casi nulo influjo. En seguida, en 1799, se iniciaron ya ciertos proyectos de reforma.

La guerra civil entre unitarios y federalistas motiva en 1802 la intervención de Napoleón como mediador y da lugar en 1803 al "Acta de Mediación", con la que se restaura, bajo el influjo francés, la antigua estructura confederada según *l'esprit d'un nouveau siècle*, restableciéndose la autonomía de los cantones, diecinueve en total, con igualdad de derechos. El país quedaba, en virtud de una "alianza defensiva", bajo la hegemonía francesa, fijándose un contingente de tropas suizas al servicio de Francia, conforme a una "capitulación militar".

Esta época del Acta de Mediación se caracteriza por la multitud de proyectos legislativos, ninguno de los cuales llega a convertirse en ley, tanto en el orden penal sustantivo, como orgánico y procesal militares, creándose un ejército federal, para asegurar las garantías que los cantones mutuamente se habían prometido, compuesto de contingentes cantonales proporcionados a la población de los distintos confederados, que, por otra parte, conservaban su ejército propio.

### 3. EL PACTO CONFEDERAL DE 1815

La caída de Napoleón abre un período de "restauración" que tuvo su expresión en el "Pacto federal" de 1815, cuya aceptación es obra de la presión de las potencias vencedoras de Bonaparte, para garantizar "la paz y el orden interior". El Poder central queda encarnado en la Dieta, en cuya esfera de competencia está la política exterior y la militar, creándose un Estado Mayor federal y Coroneles federales; los cantones conservaban, no obstante, a su cargo, la instrucción de las tropas, el equipo y armamento.

En esta etapa, siguiendo la corriente iniciada en 1803, se prosiguen los intentos de unificación del Derecho militar. En el orden

---

(44) El primer ordenamiento procesal militar para las tropas en territorio nacional se promulgó en tiempo de la República helvética. En 21 de diciembre de 1798 se promulgó un Decreto sobre la organización de los Consejos de Guerra, que estuvo poco tiempo en vigor, siendo sustituido por la Ley de 27 de junio de 1799 sobre el establecimiento de los Consejos de Guerra y Consejos de Revisión, que también tuvo corto plazo de vigencia. A principios de 1800 se dictó una "ley sobre los Tribunales militares para las Tropas de la República helvética".

procesal y orgánico se dictarán en 1818 primero y luego en 1838, sendas leyes para las tropas confederadas.

Algunos de los primitivos proyectos anteriores dieron lugar al texto aprobado por la Dieta en 1817, sobre Derecho penal material, que dividía en tres clases las infracciones penales militares: faltas disciplinarias, faltas graves y crímenes, y cuyo conocimiento venía atribuido a órganos diferentes. Como indica DEPIERRE, este texto fué sustituido por la Ley de 1837, importante disposición que contiene reglas de Derecho material, y que “en sus últimas ediciones recibe ya la denominación de *Código penal militar*”; añade el autor citado (45) que “es un hecho digno de señalarse el de que el Derecho militar es de esta forma unificado cien años antes que el Derecho penal ordinario”, pues, “en efecto: si es cierto que la Constitución de 1874 fué reformada en 1898 otorgando a la Confederación competencia para dictar normas penales generales, sólo en 1938 el Código penal suizo fué aprobado en votación popular y entró en vigor el 1.º de enero de 1942”. Y aunque la Ley de 1837 sólo en un sentido limitado puede ser reputada de verdadero Código, en el sentido moderno, no cabe duda que consiguió una cierta unificación en el Derecho militar, que estaba muy lejos de ser posible en el Derecho penal común a causa del particularísimo cantonal que había de dificultar cualquier tarea codificadora y unitaria, como lo demuestra lo dilatado de la obra preparatoria del Código penal suizo, pese a los esfuerzos y conocimientos de los hombres eminentes que laboraron en pro del mismo.

#### 4. EL ESTADO FEDERAL CONTEMPORÁNEO

Como culminación del proceso revolucionario iniciado en 1830, la formación de las tres Ligas sucesivas entre los cantones de diversa tendencia (*Siebener Konkordat*, *Sarner Bund* y *Sonder Bund*) y la rebelión de esta última, la situación desembocó en la lucha abierta y en la promulgación de una nueva Constitución en 1848, conforme a la cual la Confederación de Estados se transforma en Estado federal. La Constitución, que conservaba a los cantones las competencias no transferidas al *Bund*, y la Ley de 1850 sobre organización militar federal, mantenían el sistema de los contingentes cantonales, si bien con mayores controles del Consejo federal sobre la instrucción de las tropas. Poco tiempo después de la adopción de la nueva Constitución, se tomó en consideración la revisión del Derecho penal militar, sustantivo y procesal. Abandonados algunos proyectos confeccionados hasta 1839 por varios Oficiales suizos al servicio del extranjero, se encargó

(45) DEPIERRE, artículo citado en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, pág. 106, nota 4.

al profesor RÜTTIMANN de Zurich la elaboración de un nuevo proyecto, que en cuanto a las normas sustantivas resultó ser una simple revisión del Código de 1798, objeto de severas críticas desde el primer momento, pues se le achacaba poca claridad y sistemática defectuosa, con una constante confusión entre las prevenciones pensadas para situación de guerra y materias relativas a instrucción y preparación de las tropas, más administrativas que penales. El 27 de agosto de 1851 fué aprobada la "Ley federal sobre justicia penal de las tropas federales", cuerpo legal de 449 artículos al que desde su entrada en vigor se señalaron numerosos defectos, pero que, en su parte sustantiva, estuvo vigente prácticamente hasta la promulgación del Código de 1927.

Como consecuencia tanto de las fricciones internacionales como del desarrollo económico del país, se va haciendo sentir la necesidad de fortalecer el Poder federal central y de regulación uniforme de cierto número de materias. Ello, unido a otras circunstancias más estrictamente políticas, llevaron a la revisión de la Constitución, sancionada, tras diversos intentos anteriores, el 19 de abril de 1874, mediante votación popular. El establecimiento de un ejército federal único, compuesto de tropas federales y cantonales equipadas e instruidas con arreglo a los mismos principios (arts. 19 y 20, C. F.), implicaba una reorganización militar, por lo que se previó igualmente la revisión de las leyes penales militares existentes; la centralización del sistema de milicias y los defectos ya evidenciados sobradamente por la Ley de 1851, exigían esta revisión y la hacían urgente.

Ya en el orden penal común, donde la legislación penal cantonal, particularista y caótica (46), imposibilitaba todo progreso, los intentos unificadores, iniciados en 1848, se aceleran, aunque, como es notorio, no habían de cristalizar, sobre la ingente obra de Stoos, hasta el año 1937 con la promulgación del Código penal único, que entraría en vigor el 1.º de enero de 1942.

En el terreno penal militar, durante el período de 1876 a 1888, la Federación renueva sus intentos de obtener un Derecho penal militar unificado y puesto al día. El profesor Carl HULTY, a la sazón Mayor del Cuerpo de Justicia Militar, recibió del Departamento Militar del Consejo federal el encargo de elaborar un proyecto de nueva legislación penal y procesal militar. En un detallado informe expuso su plan de lograr un Código de breve articulado que distinguiera con suficiente claridad la regulación para tiempo de guerra de la situación normal de paz. En su trabajo realizó un útil resumen de la tarea de reforma de los años 1870-1880. Su escrito, pensado y realizado como proyecto de ley, se publicó bajo el título *Grundzüge eines Militärstrafgesetzbuches für*

(46) Durante el siglo XIX se sucedieron en los 22 cantones unos cuarenta Códigos penales particulares.

*die schweizerische Eidgenossenschaft* (Elementos de un Código penal militar de la Confederación suiza, 2.ª ed., Bern, 1878) y aportó numerosos materiales, particularmente para la comprensión histórica del Derecho penal militar suizo, que, si no tuvieron inmediato reflejo legal, serían utilizados después en los ulteriores intentos de reforma.

El Consejo federal, sobre la base de estos trabajos, presentó a la Asamblea el 30 de mayo de 1884, un Proyecto de ley comprensivo tanto del Derecho penal militar en sentido estricto, como del procesal y orgánico, pero ante las críticas de que fué objeto y las mutilaciones que el debate parlamentario produjo en el texto primitivo, se vió obligado a retirarlo.

Desistiendo de esta idea de unificación en un solo cuerpo legal de las disposiciones materiales y procesales, el Consejo volvió a presentar, con su Mensaje de 10 de abril de 1888, un proyecto relativo sólo a la organización y procedimiento penal militar, cuya redacción había corrido a cargo de Eduard MÜLLER, y que mereció, con ligeras modificaciones, la aprobación de la Asamblea el 28 de junio de 1889 como Ley federal, hoy todavía vigente, según dijimos al comienzo de estas notas.

En cambio, la revisión del Derecho penal militar se había frustrado. Del plan general de revisión que, después de 1884, había previsto la reestructuración legislativa a través de cuatro nuevas leyes que sucesivamente se hubieran sometido a la aprobación de la Asamblea: una ley orgánica y procesal (*ein Gesetz über die Strafgerichtsordnung*), una ordenanza disciplinaria (*eine Disziplinarstrafordnung*), un Código penal militar (*ein Militärstrafgesetzbuch*) y una ordenanza separada sobre Derecho de guerra (*ein Sondergesetz über die Kriegsartikel*), hemos visto que sólo se hizo realidad la ley orgánica y procesal. El proyecto de reglamento disciplinario fué rechazado en votación popular el 4 de octubre de 1896, y tanto el Código penal militar como la Ordenanza de la guerra no llegaron ni a redactarse entonces.

Quedaba, pues, en vigor el anticuado y acientífico texto de la Ley de 1851. Hacia finales de siglo se reputaban ya sus disposiciones de anacrónicas, puesto que aquel Código se había a la sazón manifestado como totalmente insuficiente para la regulación de situaciones nuevas derivadas de los nuevos tiempos. Se le criticaba el estar pensado y establecido para tiempo de guerra, circunstancia que no era sino una consecuencia de su elaboración sobre principios y materiales ya plenamente superados; efectivamente, el modelo del Código de 1851 venía constituido todavía por el antiguo Derecho confederado de la guerra y por las ordenanzas dictadas para las tropas suizas al servicio del extranjero, ordenamientos éstos que tuvieron como destinatarios de sus normas unos ejércitos en campaña o tiempo de guerra. Pero a fines del

siglo XIX y, sobre todo, al estallar la primera guerra mundial, las circunstancias eran bien diferentes. El criterio general era el de que el futuro Código penal militar debía estar concebido para tiempo de paz, previendo el estado de guerra, sí, pero como situación de excepción.

La insuficiencia y la técnica defectuosa de la Ley de 1851 habían venido paliándose por medio de una serie de *Novelas*, disposiciones siempre parciales, pero que habían logrado algunas mejoras, sobre todo en cuanto a la mitigación del excesivo rigor punitivo de determinados preceptos del texto de 1851. A título de ejemplo, entre esta legislación fragmentaria, pueden citarse la Ley federal de 23 de junio de 1904, la Ordenanza del Consejo federal de 12 de octubre de 1915 y las resoluciones del propio Consejo de 12 de mayo y 29 de febrero de 1916, que, entre otras, dulcificaron y, en cierto sentido, hicieron soportable la aplicación de la Ley de 1851. Pero, claro está, tal especie de legislación parcial supone modificaciones sólo de puntos concretos, nunca de conjunto, y tiene además el peligro de introducir nuevos elementos de confusión en la sistemática de un texto legal que ya de por sí es defectuoso, con lo cual la labor del intérprete se ha de ver dificultada y su resultado interpretativo gravemente malparado.

Esta situación hace crisis cuando se inicia la gran guerra europea. Si hasta entonces se venía hablando de "insuficiencia" de la Ley de 1851, ahora se la considera totalmente inadecuada. La guerra en el exterior primero, y después la movilización general en el país, hicieron saltar al primer plano de la actualidad las cuestiones relativas al Derecho penal militar y su total revisión, y no solamente en los medios castrenses directamente interesados, sino también entre los juristas, que manifestaron un gran interés por las cuestiones de justicia militar y especialmente por la consecución de leyes sustantivas acordes con los tiempos nuevos. No hay que olvidar que por estos años la labor de unificación del Derecho penal común está ya muy avanzada, discutiéndose profunda y extensamente sobre el texto del proyecto de Código penal federal. Con ello —se pensaba—, cabía aprovechar muchos de los esfuerzos de estudio y preparación del Código común para su aplicación al Código militar, pues la tesis dominante a la sazón era la de identificar los problemas penales en una y otra rama, común y especial, al menos hasta donde su respectiva naturaleza lo permitiese, sosteniéndose que la nueva Ley penal militar había de basarse en todo cuanto fuese posible en la Ley penal ordinaria. Y evidentemente (como luego tendremos ocasión de ver) esta dirección de los esfuerzos codificadores habría de salir triunfante, logrando una asimilación de principios, instituciones y técnicas legislativas en un todo análogas a las de la Ley penal común.

En mayo de 1916, el Departamento de Justicia y Policía en-

cargó al profesor Ernst HAFTER (47) la preparación de un anteproyecto de Código penal militar. El encargo fué realizado con presteza, presentando HAFTER sucesivamente, precedidas de una cuidada exposición de motivos, las tres partes en que su Anteproyecto (48) se dividía: 1.ª Las partes general y especial del futuro Código penal militar, hecha pública el 23 de noviembre de 1916. 2.ª El Derecho disciplinario, en junio de 1917; y 3.ª Las disposiciones concernientes a la entrada en vigor y aplicación del Código (*die Bestimmungen über Einführung und Anwendung des Gesetzes*), el 30 de marzo de 1918.

Estas diferentes "entregas" del Anteproyecto vendrían en su día a constituir los tres libros en que el Código quedaría definitivamente dividido. La traducción del Anteproyecto al francés corrió a cargo del profesor Paul LOGOZ (49).

El Anteproyecto de HAFTER, ajustado a los principios generales que inspiraban toda la labor de reforma y unificación de la Ley penal común, aceptando, aunque con las inevitables modificaciones propias de la especialidad penal militar, las líneas básicas del proyecto de Código penal común de Carlos STROOS, fué recibido con el asenso casi unánime de los especialistas, siendo objeto de una crítica favorable, por estimarse que venía a romper los viejos moldes legales que tenían postergado al Derecho penal militar.

El 12 de enero de 1917, el Departamento de Justicia nombró una "Comisión de expertos" integrada por parlamentarios, Oficiales del Ejército y de la Justicia militar y profesores universitarios (50), a cuyo examen quedó sometida la obra de HAFTER. La Comisión, bajo la presidencia del Jefe del Departamento de Justicia, en cuatro sesiones que tuvieron lugar en abril y noviembre

---

(47) Sobre la personalidad científica de HAFTER, catedrático de Zurich y autor del más completo y moderno tratado de Derecho penal de los publicados en Suiza (*Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1926, 2.ª ed., Bern, 1946; *Besonderer Teil*, con el título *Schweizerischen Strafrecht*, dos volúmenes, Berlín, 1937-1943), vid. ASÚA, *ob. cit.*, I, pág. 489.

(48) Cfr. *Vorentwurf zu einen schweizerischen Militärstrafgesetzbuch mit Motiven* (Anteproyecto...), Bern, 1916-1918 (tres cuadernos).

(49) Paul LOGOZ, catedrático en Ginebra y magistrado, es autor de un *Commentaire du Code pénal suisse. Partie général*, Neuchâtel-París, 1939; *Partie spéciale*, tomo I, Neuchâtel-París, 1955.

(50) La Comisión estaba integrada por veintitrés miembros, asistidos por una Secretaría. Entre los primeros se contaban varios eminentes profesores universitarios: el propio Ernst HAFTER, Hans FREY, Alfred GAUTIER, Max HUBER, Paul Logoz y Emil ZÜRCHER. La composición y demás datos relativos a la Comisión pueden verse en la Introducción del Mensaje del Consejo federal de 26 de noviembre de 1918, pág. 4 de la edición alemana (*Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Militärstrafgesetzbuch*, sin fecha ni lugar de edición).

de 1917, enero y mayo de 1918, realizó un profundo examen, en doble lectura, del Anteproyecto. Para la emisión de informe y resumen de la labor de la Comisión, se nombró y reunió un Comité de redacción (51), que habría de ultimar el proyecto. Finalmente, el 26 de noviembre de 1918, se transformó en Proyecto del Consejo federal, que con su *Mensaje* (52) a la Asamblea de dicha fecha, precedido de una introducción y una amplia exposición de motivos (setenta páginas) propone el *Proyecto de Código penal militar suizo*, refrendado por Colonder, Presidente de la Confederación, y Schatzmann, como Canciller. El Proyecto, que constaba de 234 artículos distribuidos en tres libros, fué aprobado con ligeros retoques, el 13 de junio de 1927, entrando en vigor el nuevo *Código penal militar* el 1.º de enero de 1928.

## IV

## IDEA GENERAL SOBRE EL CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL CODIGO PENAL MILITAR

El nuevo *Código penal militar*, que entró en vigor el 1.º de enero de 1928 (art. 237), había sido elaborado, según se ha visto, siguiendo las líneas generales de la reforma y unificación de la legislación penal común, con amplia intervención en los trabajos preparatorios de un gran número de personalidades y penalistas insignes que, a la vez, venían dedicándose a los trabajos de codificación común.

En cuanto a la *oportunidad* de la promulgación del Código penal militar baste señalar que hasta tal punto se consideró urgente, que, para su inmediata preparación, desde 1922 se interrumpen los trabajos parlamentarios en torno al proyecto de Código penal común (53) para dar mayor impulso a los de codificación militar, no reanudándose aquéllos hasta el año 1928, es decir, una vez concluso y promulgado el Código penal militar.

Esta íntima relación de ambos cuerpos legales, común y militar, y su asimilación en cuanto a los principios inspiradores, hacen que muchas de las críticas favorables que del primero se han hecho sean perfectamente aplicables al segundo.

(51) Presidido por el Jefe del Departamento de Justicia y Policía, e integrado por HAFTER, los Jueces federales STROOS y KIRCHHOFFER y los Doctores KAISER, LOGOZ y KAESLIN.

(52) *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de Code pénal militaire suisse*, de 26 de noviembre de 1918. La edición que hemos consultado es la ya citada alemana (vid. nota 50).

(53) Trabajos que habían entrado en su fase de discusión parlamentaria desde que el Consejo federal propuso su "Proyecto de Código penal suizo", el 23 de julio de 1918.



Las críticas favorables del Código penal militar —es curioso señalarlo— han venido incluso de los campos más dispares. No solamente de grandes cultivadores y partidarios decididos de la sustantividad del Derecho penal militar, como por ejemplo, GOMES CARNEIRO (54), sino también de autores no sospechosos precisamente de particular afecto al Derecho militar, como JIMÉNEZ DE ASÚA (55), quien si en términos generales critica el que la jurisdicción militar conozca de delitos comunes, en cambio, en el caso concreto del Código penal militar suizo, todo son elogios, siendo así que este Código es, precisamente, un caso típico (como luego habremos de ver) de incorporación de delitos comunes a un Código militar. Se confunden, en el fondo, características procesales u orgánicas de la jurisdicción militar con elementos esencialmente sustantivos, lo cual, en principio, no parece admisible. Dejamos constancia aquí de esta curiosa circunstancia, que no es demostrativa —como ha dicho el profesor RODRÍGUEZ DEVESA (56)—, sino de un hecho: que los problemas de Derecho penal militar han venido siendo tratados siempre o casi siempre a través de fuertes cargas emocionales derivadas de la personalísima posición de los diversos autores.

En realidad, unido al hecho de que para los comparatistas el Derecho suizo, de tipo germánico, pero con personalidad propia, “reviste, en general, un gran interés científico” (57), por lo que respecta concretamente al Código penal militar, está también la circunstancia de la paternidad de figura tan eminente como la de HAFTER, con su antecedente no menos insigne de STOOOS, con lo que el argumento de autoridad ha venido sin duda influyendo en los juicios críticos que del Código penal militar se han hecho.

Reduciendo las alabanzas del texto a sus justos límites, puede decirse que el Código penal militar, inspirado, en definitiva, en la dirección político-criminal lisztiana, con amplio margen de arbitrio judicial frente a la rigidez, casuismo y dosimetría en la aplicación de las penas de época anterior; con la incorporación de instituciones, como la condena y libertad condicionales, generalmente admitidas en leyes especiales; con la introducción, junto a las penas propiamente dichas, de las medidas de seguridad; con

---

(54) Para quien —por ejemplo— el mismo Anteproyecto y su exposición de motivos “son la maravillosa contribución de Ernst HAFTER que todo jurista militar debe consultar” (Mário Tiburcio GOMES CARNEIRO: *Des rapports entre l'action pénale et l'action disciplinaire et des limites respectives des deux actions*, en “Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre”, I, Strasbourg, 1960, página 83, nota 5).

(55) Para quien el C. P. M. suizo es “un Código nuevo y muy adelantado” (Asúa, *ob. cit.*, I, pág. 475).

(56) En sus explicaciones de clase, en curso anterior (Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército).

(57) SOLÁ CAÑIZARES, *ob. cit.*, pág. 206.

la mejora de la sistemática, ya conforme a unos principios técnico-jurídicos; con la introducción de una parte general en sentido propio, etc., resulta, en efecto, merecedor de alabanza. Especialmente por lo que respecta a la Parte general, hasta el extremo de que ésta, representa hoy desde un punto de vista comparativo la posibilidad de encontrar en muchos problemas debatidos una base sólida para una ley penal militar uniforme (58).

En cambio, a la Parte especial podría hacersele, ya desde ahora, un reparo general. Supone un procedimiento de técnica legislativa defectuosa al repetir, en un mismo ordenamiento jurídico, definiciones penales estampándolas en dos textos penales diferentes, tipificando así por partida doble un mismo delito, para sancionarlo también por partida doble con la misma pena. Y esto es lo que hace el Código penal militar en su Parte especial (parte segunda del libro primero), en la que se recogen, a partir de su capítulo VII ("crímenes o delitos contra la vida o la integridad corporal") una serie de delitos comunes tipificados ya en el Código penal común, con el que coinciden, las más de las veces literalmente, las definiciones de los distintos tipos delictivos. Tal por ejemplo, por no citar más que un caso, ocurre con la definición del homicidio o las lesiones (59).

El Código penal militar de 1927 ha sido objeto de algunos retoques, si no profundos, sí bastante extensos, por Ley federal de 13 de junio de 1941, que pretendió su mayor adaptación al Código penal común de 1937, y por la Ley federal de 21 de diciembre de 1950.

Entre las disposiciones complementarias del Código penal militar se pueden citar: Ordenanza de 27 de diciembre de 1927 (60) sobre libertad vigilada de los condenados que disfruten de la suspensión de condena; Ordenanza de 17 de abril de 1946 (61), dictando normas para la ejecución en la esfera militar de las penas de prisión; Ley federal de 23 de junio de 1950 (62), sobre protección penal de obras y establecimientos militares; Decreto del Consejo federal de 28 de diciembre de 1950 (63), que desarrolla la

(58) Según RODRÍGUEZ DE VESA, el profesor JESCHECK tuvo ocasión de manifestarle que los alemanes habfan venido haciendo varios intentos sobre los franceses para llegar a una Ley penal militar uniforme, partiendo precisamente como modelo para la Parte general de la del C. P. M. suizo.

(59) *Homicide, meurtre*, C. P. M. art. 115, idéntico al art. 111 del Código penal común; *assassinat*, C. P. M. art. 116, párrafo primero, idéntico al 112 del C. P.; *lésions corporelles*, C. P. M. art. 121, en sus tres párrafos, idéntico al 122 del C. P.; y los ejemplos, sobre todo con la redacción del C. P. M. conforme a la Ley de 13 de junio de 1941 de adaptación al C. P., podrían multiplicarse.

(60) R. O., 43, pág. 375.

(61) R. O., 62, pág. 474.

(62) R. O., 1950, pág. 1519.

(63) R. O., 1950, pág. 1523.

ley anterior; Decreto del Consejo federal de 15 de mayo de 1951 (64) dictando normas para los casos de delitos contra el honor (65).

El texto vigente del Código penal militar se compone de 237 artículos, o por mejor decir, alcanza al art. 237, puesto que, en realidad, aun contando con alguno derogado (como los arts. 21 y 227), son más, puesto que las reformas ulteriores a su promulgación han introducido artículos duplicados, conservando no obstante la correspondiente numeración (66).

Se divide el Código penal militar en tres libros, bajo las rúbricas de: I. *Derecho penal militar*. II. *Disposiciones relativas a las infracciones disciplinarias* (arts. 180-214); y III. *Entrada en vigor y aplicación del Código* (arts. 215-237).

El libro I, a su vez, viene dividido en dos partes: primera, *Disposiciones generales* (arts. 1.º-60), y segunda, *De los diversos crímenes y delitos* (arts. 61-179), que integran, respectivamente, la Parte general y la Parte especial, con la particularidad de que, en la división tripartita que de las infracciones adopta el Código penal militar, en esta parte especial se comprenden los crímenes y delitos, remitiéndose las contravenciones o faltas al libro II.

La Parte general se compone de tres capítulos: 1.º *Aplicación de la Ley penal* (arts. 1.º-9.º), que, tras establecer el principio de legalidad, regula el ámbito personal, material, temporal y territorial de la aplicación de la Ley penal militar. 2.º *Condiciones de punibilidad* (arts. 9.º bis-26), en el que se contiene la definición del delito y su clasificación, regulación de la imputabilidad, imputabilidad disminuída e inimputabilidad: enfermedad mental, minoría de edad, reserva de las *acciones liberac in causa*, medidas de seguridad para los inimputables; de la culpabilidad, definición del dolo y la culpa, error de hecho y de derecho, obediencia debida; grados de ejecución de la infracción, tentativa y desistimiento en la tentativa, delito frustrado (67), arrepentimiento activo, delito imposible (68); grados de participación, inducción, complicidad y comunicabilidad de las circunstancias personales; causas de justificación, legítima defensa y estado de necesidad; y 3.º *Penas y otras medidas* (arts. 27-60), que regula el catálogo de las penas, su duración y ejecución; la libertad condicional; la condena condicional o suspensión condicional de la condena; límites de la

(64) R. O., 1951, pág. 457.

(65) Difamación, calumnia, injuria, etc., delitos comprendidos en los artículos 145 y sigs. del C. P. M.

(66) Así, los arts. 11 *bis*, 19 *bis*, 29 *bis*, 136 *bis*, 148 *bis*, 155 *bis*, 179 *bis*, 232, *bis*, 232, *ter*, 232 *quater* y 232 *quinquies*.

(67) La versión alemana del texto, arts. 19 y 19 *bis*, en lugar de la terminología francesa de "tentative" y "délit manqué" emplea las correspondientes a tentativa "completa" e "incompleta" (*vollendeter und unvollendeter Versuch*).

(68) *Délit impossible*; "tentativa inidónea" de la versión alemana (*untauglicher Versuch*).

pena de multa y su extinción, pago aplazado; penas accesorias, expulsión del Ejército, degradación, destitución, privación de derechos cívicos, extrañamiento; ciertas medidas, como el comiso o la restitución o reparación de perjuicios; reglas para la determinación de la pena, arbitrio judicial, atenuantes facultativas y sus efectos, agravantes, reincidencia "internacional", concurso de delitos y concurso de leyes; abono de prisión preventiva, y, finalmente, la prescripción de delitos y penas y la rehabilitación.

La *Parte especial*, segunda parte del libro I, viene dividida en quince capítulos, cuyas respectivas rúbricas son:

I. *Insubordinación* (arts. 61-65) (69) que castiga la desobediencia, vías de hecho y amenazas, sedición (*mutinerie*) y el concierto para cometerla.

II. *Abuso de autoridad* ("abus des pouvoirs conférés par le service"), arts. 66-71.

III. *Violaciones de los deberes del servicio* (arts. 72-80), cobardía, capitulación indebida, delitos del centilena, violación de secretos, etc.

IV. *Infracciones del deber de servir* (arts. 81-85), entre ellas la desertión y demás ausencias injustificadas.

V. *Infracciones contra la defensa nacional y contra la potencialidad defensiva del país* (arts. 86-107) (70), como son la traición, la violación de secretos que afectan a la defensa nacional, sabotaje, propagación de informaciones falsas, violación de la neutralidad o actos que la comprometan, espionaje en perjuicio de un Estado extranjero, automutilación, etc.

VI. *Infracciones cometidas en guerra contra el Derecho de gentes* (arts. 108-114), donde se castiga el empleo de medios ilícitos de guerra, la violación de los acuerdos internacionales, el abuso o uso indebido de los signos y emblemas de la Cruz Roja y demás internacionales, los actos de hostilidad contra personas y cosas por ellos protegidas, la ruptura de armisticio, malos tratos a parlamentarios, etc.

VII. *Crimenes o delitos contra la vida o la integridad corporal* (artículos 115-128) (71), homicidio, asesinato, incitación y auxilio al

(69) Mientras el texto francés lleva la rúbrica *Insubordination*, el alemán encabeza este capítulo I con el epígrafe *Vergehen gegen die Pflicht der militärischen Unterordnung*, que vendría a corresponder a "infracciones contra el deber de subordinación militar".

(70) El texto francés dice *Infractions contre la défense nationale et contre la puissance défensive du pays*, y el alemán *Vergehen gegen die Landesverteidigung und gegen die Wehrkraft des Landes*; es decir, crímenes o delitos contra la defensa del país y contra la potencia militar de la nación.

(71) Se corresponde este capítulo VII con el título primero del libro II del Código penal de 1937, que lleva la rúbrica de *Infracciones contra la vida y la integridad corporal*, arts. 111-136.

suicidio, lesiones, provocación a duelo, homicidio o lesiones en riña, etc.

VIII. *Crímenes o delitos contra el patrimonio* (artículos 129-140) (72).

IX. *Cohecho y gestión desleal* (arts. 141-144), que comprende la corrupción activa y pasiva, así como la admisión de dávidas.

X. *Delitos contra el honor* (arts. 145-148 bis) (73), que sanciona la difamación, la calumnia y la injuria.

XI. *Crímenes o delitos contra la libertad* (arts. 149-152) (74), amenazas, coacciones, detenciones ilegales, violación de domicilio.

XII. *Crímenes o delitos contra la honestidad* (arts. 153-159) (75), que castiga la violación, atentados al pudor, homosexualismo y escándalo público.

XIII. *Crímenes o delitos de peligro colectivo* (arts. 160-171) (76), que sanciona el incendio, uso de explosivos o gases tóxicos con fines delictivos, o por negligencia, su fabricación indebida, inundación, daños en instalaciones eléctricas o hidráulicas, propagación de enfermedades, etc.

XIV. *Falsificación de documentos* ("Faux dans les titres, Urkundenfälschung") (77), arts. 172-175.

XV. *Crímenes o delitos contra la Administración de Justicia* (arts. 176-179 bis) (78).

V

BIBLIOGRAFIA DE INTRODUCCION

La presente lista bibliográfica no sólo no es exhaustiva —ni podía pretender serlo—, sino que, muy al contrario, puede ser considerada como notoriamente incompleta por el número de au-

---

(72) Código penal común, título segundo del libro II, *Infracciones contra el patrimonio*, arts. 137-172.

(73) Código penal común, título tercero del libro II, *Délits contre l'honneur...*, arts. 173-179, que castiga la difamación, la calumnia, la injuria y la violación de secretos privados.

(74) Código penal común, título cuarto del libro II, *Crimes ou délits contre la liberté*, arts. 180-186, que comprende las mismas figuras delictivas.

(75) Código penal, título quinto del libro II, *Infractions contre les moeurs*, arts. 187-212.

(76) C. P. M., *Crimes ou délits créant un danger collectif*, rúbrica idéntica a la del título séptimo del libro II del Código penal común (artículos 221-230). La versión alemana del C. P. M. dice "infracciones de peligro común" (*gemeingefährliche Vergehen*).

(77) Código penal común, título undécimo del libro II, *Faux dans les titres*, arts. 251-257.

(78) Código penal común, título decimoséptimo del libro II, *Crimes ou délits contre l'Administration de la Justice*, arts. 303-311.

tores recogidos e, incluso, irregular por la desigual calidad de los trabajos reseñados. Pero si, efectivamente, no resistiría una crítica seria, en cambio creemos que es lo suficientemente *indicativa* de la producción suiza en torno al Derecho penal militar, sirviendo para mostrar el interés que la doctrina ha dedicado y viene dedicando a sus temas centrales. Buena prueba de ello es, por una parte, el hecho de que los penalistas más destacados no desdennan su dedicación al Derecho militar; por otra, el crecido número de tesis doctorales universitarias que se ocupan de Derecho penal militar.

Si, además, puede ser útil a quien pretenda realizar ulteriores estudios sobre el Derecho penal militar suizo, suministrándole algunas informaciones de introducción bibliográfica, estaremos cumplidamente realizada su finalidad esencial, que no podía ser otra, dado el carácter de estas *notas*.

## 1. BIBLIOGRAFÍAS

Una bibliografía específica de Derecho penal militar es la contenida en la obra de COMTESSE: *Kommentar...*, que citaremos más tarde. Comprende una relación bastante completa de trabajos en cuatro lenguas.

Además, están las bibliografías generales de Derecho suizo, entre las que conviene señalar:

— *Schweizerisches Recht. Droit suisse* (Sociedad Suiza de Librerías). Zurich, 1948; en alemán y francés.

— A. GRANDIN: *Bibliographie générale des sciences historiques, juridiques, politiques, économiques et sociales*, Librairie Recueil Sirey, París, tres volúmenes y suplementos anuales; recoge toda la bibliografía suiza en lengua francesa desde 1880.

— RIGGENBACH: *Übersicht d. Literatur über schweizerisches Recht von Jahre 1934*, en "ZSR", 1935, págs. 371 y sigs.

— La "ZSR" publica anualmente una lista de obras y artículos de revista.

— OFTINGER, bibliografía jurídica suiza general, en René David: *Tratado de Derecho civil comparado*, trad. española, Madrid, 1953.

## 2. TEXTOS LEGALES

El texto oficial, en versión francesa, del *Código penal militar*, puede verse en la publicación oficial (N.º A 61 f) *Justice Pénale Militaire*, páginas 9-76, seguido de otras disposiciones complementarias y con las modificaciones llevadas a cabo por las Leyes de 1941 y 1950, citadas antes.

3. COLECCIONES PERIÓDICAS DE LEYES Y JURISPRUDENCIA

- *Bereinigte Sammlung des Bundesgesetze und Verordnungen. Recueil Systématique des lois et ordonnances*, Bern, 1848-1947.
- *Amliche Sammlung des Bundesgesetze und Verordnungen. Recueil Officiel des lois et ordonnances*.
- *Bunderblatt. Feuille fédérale*.
- *Amliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. Recueil Officiel des arrêtes du Tribunal Fédéral*, desde 1885, Lausanne.
- *Entscheidungen des Militärkassationsgerichtes. Recueil Tribunal militaire de Cassation* (Resoluciones del Tribunal Militar de Casación).

4. REVISTAS

Interesa citar aquí:

- *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue Pénale Suisse* (ZStR), Berna.
- *Revue Militaire Suisse* (RMS).
- *Zeitschrift für schweizerisches Recht* (ZSR), Basilea.
- *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Ginebra.
- *Schweizerische Juristenzeitung. Revue suisse de jurisprudence* (SJZ), Zurich.

5. OBRAS DOCTRINALES SOBRE DERECHO PENAL MILITAR

a) *Generales*

- COMTESSE: *Das schweizerische Militärstrafgesetz. Kommentar* (La Ley penal militar suiza. Comentario), Zurich, 1946.
- GAY: *Droit Pénal Militaire*; I, *Sources. Champ d'application* (Fiches Juridiques suisses, núm. 793); III, *Aperçu de droit matériel* (idem. íd., número 795); IV, *Organization judiciaire* (idem. íd., núm. 796).
- GUIBAN (François): *Le champ d'application du Code pénal militaire*, en "ZStR", tomo 41, 1928.
- HAFTER (Ernst): *Vorentwurf zu einen schweizerischen Militärstrafgesetzbuch mit Motiven* (Anteproyecto de Código penal militar suizo), Bern, 1916-1918.
- HAFTER (Ernst): *Avant-projet du Code pénal militaire suisse avec motifs*, traducción francesa de Paul Logoz, 1919.
- HILTY (Carl): *Das eidgenössische Militärstrafrecht* (El Derecho penal militar confederado), en "Politisches Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft", IV, 1889.
- KAEGI (M.): *Das neue schweizerische Militärstrafgesetzbuch* (El nuevo Código penal militar suizo), en "SJZ", año 24.

- KRAFFT (Edouard): *Justice Militaire*, tesis, Lausanne, 1918.
- LOGOZ (Paul): *Vers un nouveau Code pénal militaire suisse*, en "ZStR", vol. 30 (1917), pág. 227-239.
- MAUNOIR (A.): *Le nouveau Code pénal militaire*, en "RMS", 1927-1928.
- PFENNINGER (H. F.): *Das Militärstrafrecht im Kriege*, en "ZStR", volumen 55 (1941).
- SCHUMACHER (Félix): *Das Geltungsbereich des schweizerischen Militärstrafgesetzes* (El ámbito de aplicación de la ley penal militar suiza), tesis, Friburgo, 1935-1936.
- STEIGER (R.): *Das Strafsystem im schweizerischen Militärstrafrecht* (El sistema penal en el Derecho penal militar suizo), tesis, Berna, 1922-1923.
- WUST (E.): *Einige Fragen des schweizerischen Militärstrafrechts* (Algunas cuestiones de Derecho penal militar suizo), en "ZStR", vol. 28 (1915).
- ZURCHER (Emil): *Zum Vorentwurf eines schweizerischen Militärstrafgesetzbuches* (El Anteproyecto de Código penal militar suizo), en "ZStR", vol. 30 (1917).

b) *Sobre algunos temas particulares*

- BAER (W.): *Der Ausschluss aus der Armee nach schweizerischen Recht* (La expulsión del Ejército según el Derecho suizo), 1941.
- BERLI (Hans): *Notstand und Notwehr in schweizerischen Militärstrafrecht* (El estado de necesidad y la legítima defensa en Derecho penal militar suizo), Zurich, 1925.
- BOSSART: *Ausschluss aus der Armee und Ausschluss von der Erfüllung der Dienstpflicht nach schweizerischen Recht* (La expulsión del Ejército y la exclusión del cumplimiento del servicio militar obligatorio, según el Derecho suizo), Friburgo, 1937.
- EBERLE (Karl): *Der Militärische Befehl als Schuldausschliessungsgrund im schweizerischen Militärstrafrecht* (La orden militar como causa de exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal militar suizo), tesis, 1930.
- ERST (Wilhelm): *Das Handeln auf Befehl im Militärstrafrecht* (La obediencia debida en Derecho penal militar), tesis, Zurich, 1923.
- EUGSTER (J.): *Die Todesstrafe im schweizerischen Militärstrafrecht*, en "Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre", I-2 (1962), Bruselas; págs. 219 y sigs. La traducción francesa de este artículo puede verse en "Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique", 1962, núm. 4 (octubre-diciembre), págs. 293 y sigs.
- GANTENBEIN (Hans): *Die Behandlung von Trunkenheit und Trunkenheitsdelikten in schweizerischen Militärstrafrecht* (El tratamiento de la embriaguez y de los delitos de embriaguez en Derecho penal militar suizo), tesis, Bern, 1933.
- GUGGER: *Der Missbrauch der militärischen Dienstgewalt nach schwei-*



*zerischen und deutschen Militärstrafrecht* (El abuso de la autoridad militar conferida para el servicio, según el Derecho penal militar suizo y el alemán), tesis, Bern, 1911.

— GYSIN (Kurt): *Toddestrafe und todeswürdige Verbrechen in schweizerischen Militärstrafrecht* (La pena de muerte y los delitos sancionados con muerte, en el Derecho penal militar suizo), Aarau, 1953.

— LEMP (Paul): *Die Abgrenzung des Rechtsirrtums von der irrigen Vorstellung über den Sachverhalt in der Rechtsprechung des Militärkassationsgericht* (La delimitación del error de Derecho respecto a la representación errónea de la situación fáctica, en la jurisprudencia del Tribunal Militar de Casación), en "ZStR", 1960, págs. 404-414.

— MEIER (L.): *Der militärische Strafvollzug im schweizerischen Militärstrafrecht* (La ejecución de la pena en el Derecho penal militar suizo), tesis, Zurich, 1942.

— MULLER (Walter): *Schweizerisches Seestrafrecht* (Derecho penal marítimo suizo), en "ZStR", 1955, págs. 142-165.

— SCHAEERER (Frédéric): *Le Droit pénal aérien suisse*, en "ZStR", 1955, páginas 166-185.

— TURNES (Flurin): *Begnadigungsrecht und Begnadigungsverfahren bei Todesstrafe im Militärstrafrecht* (El derecho de gracia y su procedimiento para la pena de muerte en el Derecho penal militar), tesis, Bern, 1945.

— WALTHER (Albert): *Die Todesstrafe im Militärstrafrecht* (La pena de muerte en el Derecho penal militar), tesis, Zurich, 1934.

c) *Sobre Derecho disciplinario, en particular.*

— EUGSTER (J.): *Les rapports entre l'exercice du Droit pénal et du Droit disciplinaire en Droit militaire suisse*, en "Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre", I, Strasbourg, 1960, págs. 219 y sigs.

— DIEZ: *Disziplinarstrafrecht* (Derecho penal disciplinario), Rastatt, 1916.

— KELLER (Max): *Das militärische Disziplinarstrafrecht der Schweiz* (El Derecho penal militar disciplinario de Suiza), tesis, Zurich, 1943.

— STEINER: *La répression des fautes de discipline*, en "RMS", 1956, páginas 470 y sigs.

— SULSER (Mathias): *Der leichte Fall im schweizerische Militärstrafrecht* (La falta leve en el Derecho penal militar suizo), 1942.

— ULDRY (Albert): *Le Droit disciplinaire dans le Code pénal militaire*, Lausanne, 1944.

— WEBER (Rudolf): *Das militärische Disziplinarstrafrecht* (El Derecho penal disciplinario militar), Zurich, 1958.

— WEHRLI (E.): *Zu dem Fragen des Disziplinarstrafrechtes* (En torno a la cuestión del Derecho penal disciplinario), en "Allgemeine Schweizerische Militärzeitung", Bern, 1928.

— WENGEN: *Truppenoffizier-Disziplinarstrafforderungen in Militärstrafrecht* (El oficial de tropas. Exigencias penales disciplinarias en Derecho

penal militar), en "Schweizerische Monatschrift für Offiziere aller Waffen", 1943, págs. 155 y sigs.

— ZOLLINGER: *Die Handhabung der Disziplinarstrafgewalt bei der Truppe* (La aplicación de la autoridad penal disciplinaria en las tropas), Bern, 1916.

d) *Tareas de codificación*

Además de los ya citados trabajos de HAFTER, LOGOZ y ZURCHER (vid. *supra*, apartado a), deben consultarse:

— *Botschaft des Bundersrates an die Bundesversammlung zu einen Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Militärstrafgesetzbuch. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet du Code pénal militaire suisse*, de 26 de noviembre de 1918, ya citado.

— *Ämtliche stenographisches Bulletin der Bundesversammlung. Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale* (1921-1926).

— *ZStR* (1905-1927).

— *Allgemeine Schweizerische Militärzeitung*, Bern.

— *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'adaptation du Code pénal militaire suisse et de la loi sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale pour l'Armée fédérale au Code pénal suisse*, de 20 de septiembre de 1940.