

# EXPOSICION DE SINTESIS AL IV CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA (\*)

por José María RODRIGUEZ DEVESA  
Catedrático de Derecho Penal  
y Coronel Auditor

SIL PRESIDENTE:

SEÑORES:

Los Ponentes generales que me han precedido, los señores PAUCOT (Francia) y PÖTZ (Alemania), merecen la gratitud del Congreso por la ímproba labor que han realizado con éxito. A ellos les ha correspondido organizar el enorme material, sin precedentes, aportado por las comunicaciones nacionales. Numerosas leyes penales militares, gran número de Tratados internacionales, han sido disociados en sus elementos, analizados por expertos del más alto nivel en los países que aquí están representados. En una confrontación que jamás había dispuesto de materiales tan copiosos, los Ponentes generales han establecido analogías y diferencias, coincidencias y discrepancias de criterios, con gran comprensión para los Derechos nacionales, producto de la historia y de la cultura de cada pueblo y de sus coyunturas políticas, y con un exacto sentido de las exigencias del Derecho comparado, han extraído los rasgos y los problemas fundamentales, subrayando las diversas soluciones aportadas por los distintos ordenamien-

---

(\*) Texto de la exposición que como resumen de las tareas del IV Congreso, pronunció el autor el 10 de mayo de 1967, en Madrid.

tos jurídicos. Las magníficas intervenciones que se han producido en los días de ayer y hoy, han venido a matizar con sus atinadas observaciones las conclusiones a que se ha llegado en las ponencias. Me toca ahora a mí dar un último paso e intentar resumir aquellos pensamientos que han quedado, por decirlo así, flotando en la atmósfera del Congreso en relación con los temas más sobresalientes —no todos— de los que a él se han traído.

Me parece que debemos empezar por el de las *concesiones entre el Derecho penal militar y el Derecho común*. Creo que todo lo que aquí se ha dicho sobre la tendencia de aproximación del Derecho militar al Derecho común, y sobre las peculiaridades que, no obstante, caracterizaban al Derecho penal militar, pudiera expresarse de esta manera: El Derecho penal militar, en cuanto Derecho penal, responde a los mismos principios que el Derecho penal común, especialmente al principio de legalidad (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nulla poena sine legale iudicium*) y al principio de que no hay pena sin culpabilidad (*nulla poena sine culpa*). Todo progreso en el Derecho común se ha traducido históricamente, se traduce y debe traducirse en el Derecho penal militar. Pero el Derecho penal militar tiene sus peculiaridades nacidas de la particular coherencia de las Fuerzas Armadas, de las finalidades que el ordenamiento jurídico adscribe a los ejércitos. No es, por ejemplo, que se niegue la legítima defensa. Pero el superior, frente a la agresión de un inferior en un acto del servicio, no actúa ni puede actuar jamás en legítima defensa, porque la legítima defensa es un derecho y como tal renunciabile, mientras que el superior no puede renunciar a reprimir la agresión de un inferior; tiene el deber de rechazarla, no actúa en legítima defensa, sino en cumplimiento de un deber, el deber de mantener la disciplina. Y como éste, otros muchos ejemplos servirían para mostrar cómo, respondiendo a los mismos principios, el Derecho penal militar tiene que diferenciarse del Derecho común, lo que se intenta a través de las variadas técnicas que hemos escuchado y en las que no me voy a detener.

El problema del *criterio diferencial entre delitos militares y delitos comunes*, qué delitos deben llevarse a las leyes militares y cuáles han de mantenerse en las leyes comunes, ha revelado aquí una amplísima gama de soluciones legislativas, difíciles de compaginar unas con otras. Para clarificar la cuestión habría que dis-

tinguir entre una consideración *ex ante* y una consideración *ex post*. A *posteriori* es imposible, para distinguir entre delitos militares y delitos comunes, otro criterio que no sea el meramente formal: son delitos militares los que contienen las leyes penales militares, o aquellos a los que las leyes otorgan carácter militar. Si se quiere encontrar un criterio de fondo, materia, *a priori*, de *lege ferenda*, hay que acudir a una consideración *ex ante*. Desde este punto de vista, entiendo que sólo deben comprenderse en las leyes penales militares aquellos hechos que afecten de modo *directo e inmediato* a los intereses de las Fuerzas Armadas. Y me inclino por este criterio porque creo está en el ánimo de todos los congresistas que la guerra total, esa terrible forma de hacer la guerra y de prepararse para ella que ha hecho irrupción en el mundo en los últimos decenios, hace que todas las actividades de un país tengan que ponerse al servicio de la guerra o de su preparación. Entonces, el número de abortos, al disminuir el potencial demográfico, afecta a los intereses militares indirectamente: la organización de la enseñanza, al depender de ella el número de especialistas con que puede contar el ejército en tiempo de paz y de guerra, afecta a los intereses militares; las ideologías que se entrecruzan con el amor a la patria, internacionalizando los problemas internos, haciendo que el enemigo de la patria sea en algunos casos el amigo de la facción política a que se pertenece, afecta a los intereses militares, puede perturbar la movilización, entorpecer las Fuerzas Armadas. Todo, todo lo que ocurre en un país tiene una repercusión en su potencial bélico: la economía, la estructura social, la política. En consecuencia, si tomamos como criterio para construir los delitos militares el ataque indirecto, mediato, a intereses militares, no hay ya posibilidad de distinguir entre el Derecho militar y el Derecho común: todo tendría que ser Derecho militar. Creo por eso que en la mente de todos está que en *tiempo de paz* las leyes penales militares no deben contener más que aquellas conductas que afecten de modo directo a los intereses militares del Estado. En situaciones de emergencia o de guerra, debe proveerse mediante normas procesales *ad hoc* o leyes penales especiales.

*La aplicación de la Ley penal militar a personas no militares es cuidado que agita no sólo a la sociedad, a nuestra Sociedad, que lo ha incluido en el temario del Congreso, sino a la opinión*

pública en todos los países. Es una preocupación que guarda muy estrecha relación con el prestigio de las Fuerzas Armadas y que, por ello, debe ser tratada con la mayor delicadeza. Los ejércitos deben cuidar la opinión pública en la medida que sea compatible con el cumplimiento de las misiones que tienen asignadas dentro del Estado. ¿Está justificado o no que se aplican las disposiciones relativas a delitos militares a personas civiles? También aquí está en el ánimo de los congresistas una distinción. Porque los civiles pueden verse atraídos al ámbito de las leyes penales militares por haber participado en un delito militar propio, esto es, en un delito militar de los que sólo puede ser sujeto activo un militar; por ejemplo, la desertión: pueden inducir a una desertión; o pueden cometer delitos militares de aquellos que en muchos países contienen las leyes militares, cuyo sujeto activo puede ser indistintamente un militar o un no militar, cualquier persona. En el primer caso, el de participación de civiles en delitos militares propios, la aplicación de la Ley penal militar es inevitable. La cuestión ha de trasponerse entonces al terreno procesal, hay que tratar de que tenga las mismas garantías, por ejemplo, elección de defensor letrado, que si fueran enjuiciados ante la Jurisdicción ordinaria. La segunda hipótesis, la de delitos que puedan ser cometidos por cualquiera, militar o no militar, debería resolverse, como lo han hecho muchos países aquí representados, llevándolos a la ley común, sin perjuicio de reglas procesales que autoricen la intervención de los tribunales militares en determinados casos y circunstancias. O bien, convirtiendo esas conductas en delitos militares propios, *delicta propria*, es decir, por ejemplo, dejando en las leyes penales militares el espionaje cometido por militares, y el espionaje, en general, en el Derecho común. Yo diría: los delitos que no afectan directamente a intereses militares, y los delitos militares que pueden ser cometidos indistintamente por militares y no militares, son *falsos delitos militares*.

Descendamos ahora a algunos de los problemas concretos que contiene la agenda del Congreso: menores y cumplimiento de órdenes superiores.

Tomando la palabra *menores* no en un sentido estricto de menores de edad penal, donde los problemas son mínimos porque en la mayoría de los países no forman parte de los ejércitos y en los demás se tiende a restringir su admisión en las Fuerzas

Armadas, y empleando la palabra menores en el sentido de jóvenes, sean adolescentes, semiadultos, o adultos jóvenes, está en la conciencia de todos que es de la mayor importancia la orientación del Derecho penal militar con referencia a ellos, porque, cuantitativamente, son el elemento básico de las Fuerzas Armadas. La prolongación de la vida humana ha hecho que las consecuencias de un tratamiento penal defectuoso tengan unas repercusiones en la comunidad a la que se devuelven los delincuentes, una vez cumplida su condena, que no se producían antes. En el ánimo de todos está que, en esta esfera de actuación del Derecho militar, hay que buscar una coordinación con las leyes comunes en vista a la reincorporación a la vida social de los jóvenes que cometen delitos militares, sin deterioros o con el menor deterioro posible, y respetando el derecho que tienen a una educación adecuada.

La pregunta de si deben excusarse o justificarse los *delitos cometidos en ejecución de órdenes superiores*, sigue sin tener una contestación satisfactoria, sigue preocupando a todos cuantos nos ocupamos del Derecho penal militar, y nuestra sociedad ha demostrado una viva sensibilidad para esta preocupación al incluirla en la agenda del Congreso. La problemática de los delitos cometidos en cumplimiento de órdenes superiores es sumamente compleja y en el estado actual de las discusiones no podemos pretender llegar a una coincidencia plena de pareceres. Sin embargo, en la atmósfera de esta Asamblea flota la particular tensión que caracteriza este tema vidrioso. De un lado, la repugnancia a que queden impunes delitos, a veces atroces, al amparo de órdenes superiores que, en ocasiones, se escalonan indefinidamente diluyendo la responsabilidad. De otro, el temor a debilitar lo que constituye el nervio de los ejércitos, la subordinación jerárquica y la obediencia a las órdenes recibidas. Como ya sostuve en Florencia, entiendo que no hay más que un medio de aliviar esta tensión. Distinguir entre lo que es esencial a la subordinación jerárquica objetivamente considerada, y las situaciones conflictivas de error, coacción, necesidad, nacidos de esa relación de subordinación y de la costumbre de obedecer, que no son esenciales y propias de la subordinación militar porque pueden darse y se dan en otros casos. Desprendidas del cumplimiento de órdenes superiores esas adherencias, considerada objetivamente la

subordinación jerárquica, hemos de reconocer que la *orden de cometer un delito* no es nunca obligatoria y, en consecuencia, no puede alegarse como causa de justificación o excusa para el que obedece. No hay opción: se admite que la orden de cometer un delito es obligatoria, o no se admite que sea obligatoria. Si admitimos que la orden de cometer un delito es obligatoria en las Fuerzas Armadas, no podremos establecer ninguna diferencia entre un ejército y una partida de bandidos. Porque lo que caracteriza a una partida de bandidos es que las órdenes de cometer un delito dadas por quien la manda son obligatorias para quienes forman parte de la banda. Mas los ejércitos modernos no son bandas armadas, partidas de bandidos. Están fundados en el Derecho y están obligados a respetar el ordenamiento jurídico. *Inter armis "non" silent leges*. Esto no quiere decir que quien comete un delito en cumplimiento de órdenes superiores no quede exento nunca de responsabilidad criminal. Por ejemplo, si medió un error esencial e invencible, sobre el carácter delictivo de la acción que se ordenó ejecutar, o sobre la obligación misma de obedecer (error cada vez más difícil a medida que se asciende en el rango jerárquico) quedará exento de culpabilidad el que obedece, mas no por haber cumplido una orden, no por obediencia debida, sino por el error. Ciertamente que estas ideas precisan de ulteriores estudios para encontrar fórmulas técnicas satisfactorias. Las posibles soluciones, sin embargo, han de buscarse y encontrarse por ese camino.

Y ahora, en conexión general con la totalidad del Derecho penal militar y el Derecho de la guerra, aunque muy en particular con el acto realizado en cumplimiento de órdenes superiores, está la *incidencia de los Convenios internacionales sobre el Derecho interno*. Hemos visto que los sistemas y técnicas de los países representados aquí son muy diversos. Desde el reconocimiento en las Constituciones de la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, hasta la no admisión de determinados Convenios internacionales, pasando por su condicionamiento a que se traduzcan en leyes internas para que obliguen dentro de la Nación. Por encima de esas divergencias nacionales, creo que se respira aquí una idea que pudiera expresarse así: suscritos o no, los Convenios internacionales que tienden a la humanización de la guerra, de esta guerra moderna que ha asumido un carácter

devastador y una ferocidad como nunca había conocido la Humanidad, no hay duda alguna, no puede haberla, que la guerra no invalida las reglas reconocidas, consagradas y admitidas en todos los países civilizados: el asesinato, el robo, la tortura, siguen siendo delitos con arreglo a nuestro Derecho interno, aunque el país se vea arrastrado a una guerra. La guerra sólo justifica aquellos males que le son inherentes y por ello inevitables. Todo sufrimiento causado a heridos, náufragos, prisioneros, población civil, innecesarios a los fines de la guerra, sigue siendo durante ésta una conducta criminal, y como tal ha de castigarse. Con independencia de que el enemigo haya suscrito o no Convenios internacionales encaminados a dulcificar la suerte de heridos, prisioneros, náufragos y población civil. Lo cual no quiere decir que los que pertenecen a las Fuerzas Armadas enemigas beneficieren de una impunidad que no podría acordárseles por las mismas razones que no se debe conceder a las tropas propias. Sé que la teoría de las *reprasalias* puede representar, en algunos casos, un obstáculo para esta tesis que está en el ánimo de todos. Pero la teoría de las *reprasalias* es algo que en este momento está fuera de discusión porque no pertenece al temario del Congreso. Aunque no estaría de más estudiar esta técnica de la guerra en las relaciones con el Derecho interno, pues la *reprasalia* representa un residuo de antiquísimas concepciones sobre culpabilidad y responsabilidad colectivas que han sido borradas hace tiempo de las leyes penales y, por consiguiente, de las leyes penales militares. Es curioso que una especie de vergüenza y sentimiento del decoro haya impedido que el "derecho" a dar muerte a personas inocentes no haya encontrado expresa consignación en ninguna ley penal militar.

Dejemos, sin embargo, este tema, que nos llevaría muy lejos, para ocuparnos de otro de la mayor trascendencia en un mundo donde los ejércitos tienden a convertirse en fuerzas interregionales, el tema de la posibilidad de conseguir un cierto grado de unificación en los *sistemas legales adoptados para la clasificación de las infracciones militares*. El cotejo de los más diversos ordenamientos ha puesto de relieve que predomina el criterio de los intereses jurídicos protegidos. En función de estos intereses se distribuyen los delitos militares. Por excepción, algunos países toman como criterio el de la índole de los deberes infringidos. De ello

se deduce que muchos piensan que hay razones de peso para seguir aquel sistema. Diríamos aún más. Saquemos las conclusiones lógicas de ese criterio. La *Ley penal* militar debe recoger sólo aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro esos intereses jurídicos. La simple infracción de un deber militar, que no lesione ni ponga en peligro ningún interés jurídicamente protegido, no debe trascender de la esfera disciplinaria. Esto supuesto, no sería difícil, ciñéndonos a los delitos militares propios, avanzar hacia la meta de una unificación sistemática enfocando nuestros esfuerzos y meditaciones en esa dirección, tarea previa para llegar a la más ambiciosa de homogeneizar hasta donde se pueda (una homogeneización radical, una *Ley penal* militar uniforme no parece hoy posible mientras subsistan los actuales Estados soberanos) las leyes penales militares, por lo menos, de las naciones que pertenecen a un mismo círculo de cultura.

Acabo de hablar de la *esfera disciplinaria*. También se han puesto de manifiesto en este Congreso unas tendencias marcadas. Una, a separar netamente el Derecho penal y el Derecho disciplinario. Otra a eliminar del Derecho disciplinario las fórmulas vagas e indeterminadas, a "legalizar" el Derecho disciplinario. Ambas tendencias merecen la máxima atención, porque a diferencia de lo que ha pasado a constituir un tópico muy difundido, creo que la disciplina y buen orden de las Fuerzas Armadas descansa más en el Derecho disciplinario que en el penal.

Finalmente, dedicaré unas palabras a la *extradición por delitos militares*. Los excelentes trabajos presentados, la ponencia del Sr. Pötz, digna del mayor encomio, tienen un núcleo común que conviene resaltar. La doctrina tradicional de la no extradición por delitos militares no responde ya, en todos los casos, a las concepciones actuales. Cuando las alianzas militares despliegan su eficacia, a diferencia de lo que ocurría antes de la segunda guerra mundial, en una profunda cooperación de las naciones aliadas sin esperar a que una de ellas se encuentre en guerra con un enemigo común, desaparece cualquier argumento sólido contra la entrega de los delincuentes militares entre los aliados. Si el Derecho penal militar tutela el potencial bélico, la debilitación del potencial militar de un aliado es debilitar el potencial conjunto y, por lo tanto, el propio. Además, el acudir a expedientes de ayuda jurisdiccional, de entrega *de facto* en deter-



minados casos, no parece que sea recomendable. El extraditado se ve privado entonces de aquellas garantías que ordinariamente reviste la extradición: no imposición de la pena de muerte, principio de especialidad, etc. La vía más oportuna para consagrar la extradición por delitos militares, se ha apuntado que es la de consignar esta excepción en los Convenios de alianza o de cooperación militar. Parece, que salvo en estos casos, deben mantenerse la regulación actual contraria a acordar la extradición por delitos militares. Indudablemente, hay que remover los obstáculos que oponga la legislación interna. También merecen subrayarse la tendencia general a referir la extradición por delitos militares a los delitos específicamente militares, es decir, a aquellas conductas que si se suprimiera mentalmente la Ley penal militar, no constituirían delito conforme al Derecho común. Claro que en los delitos militares, como en los delitos comunes, puede ocurrir que nos encontremos ante el *delincuente por convicción*, un concepto criminológico amplio que debería sustituir al de "delincuente político", tan impreciso. Algunas alusiones que hemos oído han hecho referencia a este respecto del problema. Creo, sin embargo, que en la mente de todos está que sería forzar con exceso el concepto de delito político, afirmar que todos los delitos militares son delitos políticos. Allí donde se entrecrucen los conceptos de delito político, o delito por convicción, como preferiría llamarlo (entendiendo que esta noción es más amplia que la de delito político), y delito militar, deben tener la primacía las excepciones consagradas en las leyes y en los tratados de extradición para los delitos políticos. Por lo demás, el argumento de que quienes cometen un delito puramente militar no representan un peligro para el país en que se refugian, me parece inconsistente. El Derecho internacional tiene excesivos problemas para atender los aspectos criminológicos de la cuestión. Pero desde el punto de vista criminológico es incontrovertible que la peligrosidad, la proclividad al crimen, puede manifestarse también por un delito estrictamente militar. La agresividad, por ejemplo, puede revelarse lo mismo por un homicidio que por un delito contra la propiedad o el ataque a un superior dentro del ejército; la indisciplina social encuentra expresión en un delito de tráfico igual que en una desobediencia militar. El problema de la peligrosidad no puede ni debe resolverse con criterios jurídico-formales, sino

que depende de la personalidad y del mundo circundante. Por ello, la afirmación, sin más, de que quien comete un delito militar no constituye un sujeto peligroso no está de acuerdo con el estado actual de nuestros conocimientos criminológicos.

Pongo fin a mi intervención. Espero que, con el respeto que nuestra Sociedad muestra a las peculiaridades de los ordenamientos jurídico-militares nacionales de los distintos Estados integrados en el Congreso, este contraste de información y este intercambio de impresiones que hemos tenido, constituyan un estímulo para cubrir las muchas etapas que restan hasta que consigamos llevar el estudio del Derecho penal militar y del Derecho de la guerra a la altura científica y técnica que deseamos y que se propone nuestra Sociedad, y que entretanto las ideas que han quedado expuestas en este IV Congreso sirvan de orientación en los trabajos legislativos en curso o que se emprendan en el futuro, y, asimismo, en la interpretación y aplicación de las leyes penales militares vigentes en nuestros respectivos países.