

Eugenio Raúl
Zaffaroni

Profesor titular de Derecho Penal
(Parte General) en la Universidad
Católica de La Plata y en la Uni-
versidad del Salvador.

Ricardo Juan
Cavallero

Profesor adjunto de Derecho Pe-
nal en la Univ. Católica de La
Plata y de Derecho Procesal Penal
en la Univ. del Salvador.

DERECHO PENAL MILITAR

Lineamientos de la Parte General

© Ariel S.R.L.
Uruguay 485 - Buenos Aires

Queda hecho el depósito según marca la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

EDICIONES JURÍDICAS  BUENOS AIRES

PREFACIO

Estas páginas aspiran, principalmente, a llamar la atención sobre las enormes posibilidades de la explotación dogmática en el campo jurídico penal militar, las que quedan abiertas a desarrollos ulteriores y mucho más profundos, por lo que no hacemos más que llamarlas *Lineamientos de la parte general*, lo que consideramos que resulta acorde con su contenido e intención.

A efectos de no repetir desarrollos *in extenso* de conceptos de derecho penal ordinario, nos remitimos a las obras usuales al respecto, particularmente al *"Manual de derecho penal"* de uno de nosotros, donde la perspectiva penal general se esclarece con mayor detalle y se indica la bibliografía básica de cada tema. No obstante, hemos insistido aquí, en forma abreviada, en los conceptos generales más importantes y necesarios para la explicación de esta rama especial de nuestra disciplina, lamentablemente descuidada por la doctrina nacional.

Dado el carácter de este trabajo, las indicaciones bibliográficas no pretenden ser enciclopédicas ni mucho menos, pese a lo cual, cuando la referencia es ineludible, se la formula en el lugar pertinente, hallándose la nómina de obras citadas al final de la obra, donde también agregamos un listado de las principales obras extranjeras y el texto del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar, obedeciendo esto último a la dificultad de hallar en plaza su texto actualizado.

Esperamos que este modesto esfuerzo impulse a otros autores a incursionar con mayor detalle en esta materia y, al mismo tiempo, que resulte de utilidad a quienes cargan con la enorme responsabilidad de su aplicación práctica.

Finalmente, queremos hacer público nuestro agradecimiento al brigadier auditor doctor Laureano Álvarez Estrada, quien tuvo la gentileza de leer los originales, por las importantísimas observaciones que nos efectuara, y al contraalmirante auditor doctor Ramón León Francisco Morell, por posibilitarnos el manejo del material de la biblioteca que posee la Auditoría general de las Fuerzas Armadas.

E. R. Z. - R. J. C.

Buenos Aires, febrero de 1980

ÍNDICE GENERAL

Prefacio	IX
Abreviaturas	XXI

Parte primera

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PENAL MILITAR

Capítulo I

EL OBJETO DEL DERECHO PENAL MILITAR

I. Necesidad de delimitarlo	3
II. El derecho penal común aplicado por tribunales militares ..	8
III. Las disposiciones penales del C.J.M. aplicadas por tribunales civiles	11
IV. El derecho penal militar y el derecho disciplinario militar ..	13
V. El "disciplinarismo" y su refutación ..	20
VI. Los delitos militares y la coerción penal militar como objeto del derecho penal militar	27

Capítulo II

EL DERECHO PENAL MILITAR
COMO DERECHO PENAL ESPECIAL

I. La necesidad y el límite de la coerción jurídica	33
II. La coerción penal como manifestación diferenciada de la coerción jurídica	37
III. La <i>ratio essendi</i> del derecho penal militar ordinario	41
IV. La sustancia única de la coerción penal: la coerción penal militar no es sustancialmente distinta de la ordinaria	47
V. Identidad de objeto y del límite de las coerciones penales militar y ordinaria	56
VI. La especialidad de la coerción penal militar	62
VII. Precisión del concepto del derecho penal militar como derecho penal especial	64
VIII. Su coordinación con el derecho penal común	72
IX. El derecho penal militar en tiempo de paz y en tiempo de guerra	79

Capítulo III

EL DERECHO PENAL MILITAR DE EXCEPCIÓN

I. La necesidad enorme y la necesidad terribilísima	85
II. Los bandos militares son leyes materiales que pueden tipificar delitos	93
III. Los bandos no son leyes penales en blanco	99
IV. Los bandos penales militares en tiempo de guerra	101
V. Los bandos penales militares en tiempo de paz	107
VI. La adecuación a derecho (juridicidad) de los bandos militares	112
VII. La excepcional necesidad de dar muerte al delincuente	114
VIII. Los casos en que existe la excepcional necesidad de dar muerte al delincuente	122
IX. Los efectos generales del derecho penal militar de necesidad terribilísima	133
X. La razón del fenómeno	136

XI. El límite del deber jurídico en el derecho penal militar de excepción	143
---	-----

Capítulo IV

EL MÉTODO DE LA CIENCIA DEL
DERECHO PENAL MILITAR

I. Principios a que debe ajustarse toda interpretación de la ley penal militar	147
II. La dogmática jurídica como método científico del derecho penal militar	154

Capítulo V

ÁMBITO PERSONAL, ESPACIAL Y TEMPORAL
DE LA LEY PENAL MILITAR

I. Las personas sometidas a la ley penal militar	157
II. Ámbito espacial de aplicación de la ley penal militar	161
III. La ley penal militar en el tiempo	162
IV. El tiempo del delito militar	166
V. Las leyes penales militares temporarias y excepcionales	168
VI. Las leyes desincentivadoras anómalas: leyes de amnistía	169

Capítulo VI

NOTICIA DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA
LEGISLACIÓN PENAL MILITAR ARGENTINA

I. Antecedentes hispánicos	171
II. Precedentes de las ordenanzas	172
III. Las ordenanzas generales	174

IV. Derecho indiano	177
V. Período revolucionario	178
VI. La Codificación de 1894	180
VII. El Código Bustillo de 1898	181
VIII. El Código de Justicia Militar de 1951	183

Parte segunda

TEORÍA DEL DELITO MILITAR

Capítulo VII

FUNCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO MILITAR

La teoría del delito en general y del delito militar en particular	191
La especialidad del delito militar	193
Rechazo del criterio especializante fundado exclusivamente sobre el bien jurídico afectado	196
Clasificación de los delitos militares en orden al bien jurídico afectado	206
El "delito militar" a los efectos del art. 50 del C.P.	209
Los lineamientos generales de la teoría del delito	213

Capítulo VIII

LA CONDUCTA

Concepto y función dentro de la teoría del delito militar	219
La pretensión de que el derecho penal militar pena hechos que no son conductas	226
El resultado y el nexo de causalidad: su ubicación dogmática	232

La conducta como carácter genérico del delito militar, común a todas las formas típicas	234
Ausencia de conducta por fuerza física irresistible	236
Ausencia de conducta por involuntabilidad	239
El miedo y el valor militar	242
La ausencia de delito militar por falta de conducta provocada por miedo	247
El delito de dormición del centinela	249
Consecuencias penales de la ausencia de conducta	256

Capítulo IX

LA TIPICIDAD PENAL MILITAR

Concepto de tipo y de tipicidad	257
Tipicidad y antijuridicidad	259
Antinormatividad y antijuridicidad	265
Los bienes jurídico-penalmente tutelados	267
Los bienes jurídicos tutelados en los tipos penales militares	272

Capítulo X

LOS TIPOS PENALES MILITARES DÓLOSO

El aspecto objetivo del tipo doloso	275
El aspecto subjetivo del tipo doloso: a) el dolo	281
El aspecto subjetivo del tipo doloso: b) el error de tipo	284
El aspecto subjetivo del tipo doloso: c) el dolo desde el punto de vista conativo	292
El aspecto subjetivo del tipo doloso: d) los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo	295

Capítulo XI

LOS TIPOS PENALES MILITARES CULPOSOS

I. La culpa y la finalidad	297
II. La función del fin en el tipo culposo	300
III. Resultado, causalidad y violación del deber de cuidado	302
IV. El principio <i>nullum crimen sine culpa</i> y la responsabilidad por el resultado	310
V. Los efectos penales militares de la tipicidad culposa	319
VI. El <i>crimen culpeae</i> de guerra del art. 737, C.J.M.	322
VII. La embriaguez y la tipicidad penal militar	324

Capítulo XII

LOS TIPOS OMISIVOS

I. La omisión como estructura típica	333
II. El aspecto objetivo del tipo omisivo	335
III. Omisiones propias e impropias: las omisiones son siempre impropias en el C.J.M.	336
IV. Las omisiones militares impropias no escritas	340
V. Omisiones dolosas y culposas	343

Capítulo XIII

LA TIPICIDAD CONGLOBANTE

I. El cumplimiento del deber jurídico como causa de atipicidad penal militar	347
II. La obediencia jerárquica como causa de atipicidad	349
III. La mayor amplitud del deber jurídico como causa de atipicidad conglobante en el derecho penal militar y la consiguiente reducción del ámbito de la justificación	360
IV. La afectación del bien jurídico: el daño y el peligro	364

Capítulo XIV

LA ANTIJURIDICIDAD Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCITA TÍPICA

I. Antinormatividad y antijuridicidad	371
II. Los tipos permisivos	372
III. La legítima defensa	376
IV. Legítima defensa del Estado	383
V. El estado de necesidad justificante	386
VI. Otras causas de justificación	391
VII. La antijuridicidad menor	392

Capítulo XV

LA CULPABILIDAD DEL INJUSTO

I. Concepto de culpabilidad	399
II. La posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad	406
III. La inadmisibilidad de otro criterio interpretativo	413
IV. La inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad proveniente de incapacidad psíquica	414
V. El caso particular del miedo como causa de inimputabilidad	422
VI. Los menores	425
VII. El error de prohibición	426
VIII. Vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición	429
IX. El error de comprensión	431
X. La objeción de conciencia	435
XI. El estado de necesidad exculpante	437
XII. La incapacidad psíquica para adecuar las acciones a la comprensión de la antijuridicidad	446

Capítulo XVI

LAS FÓRMULAS QUE AMPLÍAN LA TIPICIDAD
PENAL MILITAR: LA PARTICIPACIÓN

I. La concurrencia de personas en el delito militar	447
II. Formas de autoría	453
III. Los <i>delicta propia</i> y los delitos de propia mano	460
IV. La participación <i>stricto sensu</i> (instigación y complicidad)	464
V. La instigación	468
VI. La complicidad	472
VII. La complicidad por exceso en el cumplimiento de una orden delictiva	473
VIII. La competencia en caso de concurrencia de personas en el delito	475

Capítulo XVII

LAS FÓRMULAS QUE AMPLÍAN LA TIPICIDAD
PENAL MILITAR: LA TENTATIVA

I. Conceptos generales	477
II. La estructura del delito tentado	483
III. El delito imposible	486
IV. El desistimiento voluntario	488

Capítulo XVIII

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

I. El art. 585 del C.J.M.	494
II. El delito continuado	497
III. El concurso aparente de tipos (conurrencia ideal impropia)	500

Parte tercera

TEORÍA DE LA COERCIÓN PENAL MILITAR

Capítulo XIX

CONDICIONES DE OPERATIVIDAD
DE LA COERCIÓN PENAL

I. La punibilidad	507
II. Condiciones que hacen operar la coerción penal	508
III. Prescripción de la pena	511
IV. Indulto	514
V. Casos especiales	517
VI. Requisitos de perseguibilidad para algunos delitos en particular	518
VII. Requisitos para el ejercicio de las acciones procesales penales militares en general	518
VIII. La extinción de la acción procesal penal militar	520
IX. El "cúmplase" presidencial	523

Capítulo XX

MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN
PENAL MILITAR

I. Las penas militares	525
II. Las penas privativas de libertad por delitos militaramente infamantes	527
III. La prisión menor	531
IV. Duración de las penas privativas de libertad	531
V. Degradación	534
VI. Penas accesorias	537
VII. Coerción formalmente penal	539

Capítulo XXI

LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN
LOS CASOS CONCRETOS

I. Estructura de la cuantificación penal militar	547
II. La etapa de la aproximación cuantificadora en función de la magnitud del injusto	555
III. La reincidencia	558
IV. La etapa de aproximación cuantificadora en función del grado de culpabilidad	560
V. La prohibición de la doble desvaloración	563
VI. Etapa de precisión y corrección de la cuantificación penal militar	563
VII. Unificación de penas	569
VIII. Cómputo de las penas	574

CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

LEY 14.029

TRATADO TERCERO

Libro I. Infracciones y penas en general	575
Libro II. Infracciones militares en particular	595
OBRAS CITADAS	663
TEXTOS LEGALES Y LITERATURA EXTRANJERA	669

ABREVIATURAS

C.P.: Código Penal.

C.J.M.: Código de Justicia Militar.

C.C.: Código Civil.

C.N.: Constitución nacional.

C.S.J.N.: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

L.D.N.: Ley de Defensa Nacional.

PARTE PRIMERA
TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO PENAL MILITAR

Capítulo I
EL OBJETO DEL DERECHO PENAL MILITAR

I. NECESIDAD DE DELIMITARLO.

§ 1. En torno del derecho penal militar argentino se han producido varios malentendidos y, en general, dado que está parcial o deficientemente estudiado en nuestras universidades y a que en verdad no se ha hecho un ensayo totalmente dogmático de su explicación, lo primero que se nos presenta como indispensable al tratar de exponerlo desde esta metodología, es su delimitación respecto de otros campos jurídicos que le están próximos y con los que muy frecuentemente aparece confundido o superpuesto.

Desde la negación de su carácter penal hasta la extensión de él al campo del derecho penal común, todas las confusiones imaginables han tenido lugar, sin dejar de tener en cuenta que frecuentemente se le ha subestimado, particularmente en virtud de su pretendida filiación administrativista, en tanto que en otras ocasiones se ha llegado a decir que eventualmente está por sobre la Constitución nacional misma.

§ 2. Como cualquier otra rama del derecho —*es* subrama del mismo— la expresión “derecho penal militar” tiene dos sentidos: el de “legislación penal militar” y el de “ciencia del derecho penal militar”, esto es, el de sistema de comprensión de la legislación penal militar. Al expresar la necesidad ineludible de deli-

mitarlo, por supuesto, nos estamos refiriendo claramente a la primera de las acepciones dadas, es decir, a la de legislación penal militar, puesto que recién una vez que delimitemos el objeto podremos ensayar su sistema de comprensión o de explicación.

§ 3. Es menester aclarar que hay un conjunto de disposiciones de muy distinta naturaleza que rigen la organización y el funcionamiento de las fuerzas armadas, desde las que tienen carácter constitucional, hasta las que lo tienen meramente reglamentario, pasando por las procesales, penales, civiles, previsionales, etc. En algún momento se ha dicho que todo ese conjunto puede ser designado como "orden jurídico-militar" (Querol y Durán, p. 18), pero esa designación tiene el inconveniente de provocar confusiones, puesto que puede llegarse al extremo de pretender que dentro del orden jurídico hay otro orden jurídico (Manzini, p. 1), cuando en realidad, dentro del orden jurídico no puede haber más que partes del mismo, no concibiéndose que ninguna de ellas funcione en forma "enquistada" o independiente, puesto que ello sería totalmente contradictorio con la expresión "orden", que demanda una unidad de comprensión. De allí que, en tren de llamarle de alguna manera, puede hablarse preferentemente —como en algunos países se hace— de "derecho militar". Esta expresión suele ser usada para designar sólo al derecho penal militar y al derecho disciplinario militar (así, Lo Cascio, p. 1), pero por nuestra parte creemos que la limitación es allí indebida o arbitraria; por lo que nos parece conveniente extenderla a la totalidad de la legislación material que se refiere a la organización y funcionamiento de las fuerzas armadas. No es casi necesario demostrar que resulta indispensable dotar a las fuerzas armadas de una organización jurídica que

sea adecuada al cumplimiento de sus fines, compuesta por normas de distinta naturaleza, referidas todas a la organización de las mismas en tiempo de paz y de guerra.

Así, hay normas de derecho constitucional que regulan la organización de la entidad militar y los respectivos poderes correspondientes al Congreso, los de mando atribuídos al Poder Ejecutivo, toda la legislación referente a la constitución misma de los ejércitos: enrolamiento, reclutamiento, movilización, formación de los cuadros, su estructura orgánica, organismos que poseen, servicios de que disponen, modo de que actúen coordinadamente y la relación entre el personal. También existen normas relativas al desenvolvimiento jurídico de las funciones y actividades propias de las fuerzas armadas y la consiguiente aplicación de sus medios a los fines específicos de ellas.

Sin trascender el ámbito del derecho administrativo y con el objeto de resguardar la severa disciplina en las fuerzas armadas, que resulta indispensable al mantenimiento de su orden, cohesión y eficacia, se ha creado el derecho disciplinario militar, cuyo objeto es individualizar las faltas de disciplina y sus correspondientes sanciones, fundado esencialmente en el deber de obediencia, y se ha establecido el consiguiente poder (disciplinario) tendiente a asegurar el cumplimiento de ese deber.

Finalmente, existen normas jurídicas de naturaleza penal, que son las que forman el derecho penal militar que, como todo derecho penal, debe realizarse mediante un proceso, cuya regulación da lugar al derecho procesal penal militar, que también forma parte del derecho militar.

§ 4. Cabe dejar claramente establecido que con la expresión "derecho militar", tal como la entendemos, no pretendemos designar una rama del derecho, sino un conjunto de legislación material referida a una misma problemática, es decir, reguladora de lo necesario para proveer a un mismo objeto, pero que se integra con disposiciones de distinta naturaleza, cada una de las cuales conserva la suya propia, sin perjuicio de que sus principios puedan resultar parcialmente modificados.

Así como las disposiciones constitucionales referidas a las fuerzas armadas corresponden a la ciencia del derecho constitucional, las disciplinarias a la del derecho disciplinario como rama del derecho administrativo, etc., las penales corresponden a la ciencia del derecho penal. Esto debe quedar suficientemente claro, sin que lleve a confusiones la técnica legislativa del C.J.M., cuya estructura le permite incorporar elementos correspondientes a distintas disciplinas jurídicas en un mismo cuerpo legal.

§ 5. Fundamentalmente, el C.J.M. se encuentra integrado con disposiciones de derecho procesal militar, de derecho penal militar y de derecho disciplinario militar. No obstante, no podemos pasar por alto que la técnica legislativa —cualquiera ella sea— no puede alterar los límites de las disciplinas científicas, puesto que las disciplinas jurídicas se delimitan conforme a la naturaleza de la disposición legal que estudian y no a la ubicación de la misma. Así, hay disposiciones penales especiales en leyes referidas a materias totalmente ajenas al derecho penal (leyes electoral, de enrolamiento, de previsión, etc.), sin que por ello se les desconozca su naturaleza.

§ 6. La confusión respecto de los límites del derecho penal militar proviene fundamentalmente de las siguientes causas: a) El C.J.M. legisla el derecho procesal militar y, como capítulo pertinente y fundamental de todo derecho procesal, la jurisdicción penal militar, lo que frecuentemente lleva a confundir al derecho penal militar con todo el derecho penal que es aplicado por los tribunales militares, siendo que los tribunales militares a menudo hacen aplicación del derecho penal común, sin alterar sus principios en nada. De allí que se imponga distinguir, dentro del derecho penal sometido a la jurisdicción militar, el derecho penal militar y el derecho penal común. b) El C.J.M. tipifica en algunos casos conductas de civiles, disponiendo incluso que de las mismas conozcan los tribunales ordinarios. En estos supuestos resulta claro que tampoco se trata de delitos del derecho penal militar, sino que son tipos de derecho penal común legislados fuera del C.P., o sea que, en los mencionados supuestos, el C.J.M. opera como ley penal especial en cuanto a estos delitos de civiles se refiere, no modificando en nada las reglas generales del C.P. c) Por último, dada la opinión predominante en la Argentina —y casi exclusivamente en la Argentina— de que el derecho penal militar es derecho administrativo, sostenida tanto por los penalistas, a los que plantea problemas límite muy difíciles de solucionar, y por los administrativistas, que encuentran un filón más para las ansias imperialistas del derecho administrativo a expensas de las otras ramas jurídicas —fenómeno sumamente peligroso en el mundo moderno—, se hace necesario distinguir adecuadamente al derecho penal militar del derecho disciplinario militar, respecto del cual, justo es decirlo, la misma ley penal militar distingue nítidamente.

II. *EL DERECHO PENAL COMÚN APLICADO POR TRIBUNALES MILITARES.*

§ 7. La *jurisdicción penal militar*, como los otros capítulos de ese derecho procesal penal, quedan fuera de nuestro tratamiento, que se limita al derecho de fondo. Sin embargo, para delimitar el ámbito del derecho penal militar y del derecho penal común, no tenemos otro recurso que referirnos a la jurisdicción militar, distinguiendo los diferentes hechos que quedan sometidos a la misma, para no incurrir en el error de considerar que toda la materia sometida a la jurisdicción penal militar es derecho penal castrense, dado que esta jurisdicción también conoce de delitos comunes, haciendo aplicación de las pautas generales del C.P. y de las leyes especiales.

A efectos de no incurrir en la confusión recién mencionada, es decir, de no creer que por derecho penal militar haya que entender a toda la materia sometida a la jurisdicción penal militar, debe quedar perfectamente claro que hay *delitos de jurisdicción militar* que son *delitos militares* y otros que son *delitos comunes*.

§ 8. Pese a la jurisdicción militar —que debe entender de ellos— son delitos del derecho penal común los que están tipificados en el C.P. o en leyes penales especiales, siendo cometidos por militares en las condiciones que establecen los arts. 108 y 109 del C.J.M., cuyo análisis, naturalmente, es una cuestión procesal, pero no penal. Esto queda perfectamente claro en el texto del art. 870 del C.J.M.: “Los delitos por violación de la ley penal común o de una ley especial, en los casos sometidos a la jurisdicción militar, serán reprimidos con arreglo a las disposi-

ciones del Código Penal o de la ley especial violada, salvo las modificaciones establecidas en el capítulo siguiente”.

§ 9. La pertenencia de estos delitos al derecho penal común la ratifica el C.J.M. en su art. 523, cuando refiriéndose a las disposiciones estrictamente vigentes para los delitos militares, prescribe: “Con excepción de lo prescrito en el art. 517, las disposiciones de este capítulo no rigén sino respecto de los delitos militares, y en ningún caso serán de aplicación a los delitos comunes ni a los delitos especiales, cuando ellos sean de la jurisdicción de los tribunales militares”.

§ 10. No pasan dichos delitos a ser militares por el hecho de que el art. 870, al igual que el 517 del C.J.M., aparentemente hagan salvedades a los principios del derecho penal común, dado que el art. 871 —al que remite el art. 870, C.J.M.— no hace otra cosa que crear tipos calificados agravados de robo y hurto, que son verdaderos delitos militares, sólo que remiten en cuanto al tipo básico al derecho penal común. Por lo que hace a la disposición del art. 517, C.J.M. (“La embriaguez no es causa de exención ni de atenuación de pena para los militares, en los delitos de jurisdicción militar”), veremos luego más detenidamente que, rectamente interpretada, no altera los principios del derecho penal común.

§ 11. En tiempo de guerra la jurisdicción militar se extiende. Por un lado, resulta necesario que los prisioneros de guerra queden sometidos a la ley penal castrense, es decir, que se les impongan deberes militares, pues sería absurdo que se pretendiese que son meros civiles privados de libertad. En segundo término, la necesidad tremenda —principio al que

nos referiremos luego— debe abrir la posibilidad de que se proceda a la militarización de personal civil, lo que está previsto por el art. 873 del C.J.M. En los casos de prisioneros de guerra y de personal militarizado, nos hallaremos pues, frente a sujetos activos de delitos militares, o sea, que sus conductas pertenecen al derecho penal militar.

Como resultado de esta extensión del concepto de militar que tiene lugar en tiempo de guerra o en el de su inminencia, el círculo de personas que se incorporan al concepto también pueden cometer delitos comunes, en cuyo caso, los tribunales militares deberán hacer aplicación del derecho penal común, conforme a lo establecido por el art. 870, C.J.M.

§ 12. Por otro lado —siempre en tiempo de guerra— se opera una extensión de la jurisdicción penal militar sobre civiles que cometen delitos comunes. En tiempo de paz, la jurisdicción castrense se limita, en orden a la aplicación de las normas del derecho penal común, a los militares en las circunstancias de los arts. 108 y 109 del C.J.M., puesto que la necesidad tremenda se mantiene en potencia, pero cuando esa necesidad tremenda se manifiesta en acto, o sea, en tiempo de guerra, esta jurisdicción aplica también derecho penal común a un círculo más amplio de personas, que excede el de los militares, incluso en el concepto extendido a los militarizados por la guerra.

Así, la jurisdicción penal militar pasa a hacer aplicación de derecho penal común a los empleados y operarios que sin haber sido asimilados o equiparados a los militares —conforme al art. 873, C.J.M.—, prestaren, sin embargo, servicios en establecimientos o dependencias militares o militarizadas, y siempre que cometan delitos dentro de ellos o en relación

con las mencionadas actividades (art. 110, inc. 1, C.J.M.).

§ 13. Tampoco son delitos militares los que cometan quienes acompañan a las fuerzas en el terreno comprendido dentro de los servicios de seguridad (art. 110, inc. 3, C.J.M.) ni los “falsos delitos militares” (delitos de civiles tipificados en la ley penal militar) que se cometan en las zonas de operaciones o de guerra, sobre los cuales se extiende la jurisdicción castrense en tiempo de guerra.

§ 14. Por último, la jurisdicción militar de guerra se extiende a los delitos comunes cometidos por cualquiera dentro de las zonas ocupadas del territorio enemigo, salvo que la autoridad militar dispusiera que éstos sean juzgados por los tribunales comunes de la zona ocupada.

II. LAS DISPOSICIONES PENALES DEL C.J.M. APLICADAS POR LOS TRIBUNALES CIVILES.

§ 15. Tampoco integran el derecho penal militar los delitos especiales que tipifica el C.J.M. y de los que los civiles pueden ser sus autores. Estos delitos se denominan en doctrina “falsos delitos militares”. El art. 508, C.J.M. caracteriza al delito militar como “toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este Código y demás leyes militares”, no pudiendo afirmarse que viola sus deberes militares quien no los tiene a su cargo. Por ello, se desprende del mismo texto del C.J.M. que los delitos en que se afectan bienes jurídicos militares pero que son cometidos por civiles, no pueden considerarse delitos militares, sino delitos especiales del derecho penal común.

Dentro de nuestro sistema jurídico, creemos que tampoco puede extenderse la jurisdicción castrense a estos falsos delitos militares —que no son más que delitos del orden común tipificados en leyes especiales— siendo inconstitucional la disposición del inc. 7 del art. 109, C.J.M. que extiende dicha jurisdicción al delito previsto en el art. 786, C.J.M., consistente en la introducción no autorizada de materias inflamables o explosivas en buques o aeronaves militares. El resto de lo dispuesto por el mencionado inciso pensamos que es constitucional puesto que somete las restantes infracciones cometidas por civiles a los tribunales ordinarios, dejando bajo la jurisdicción militar sólo los delitos previstos en los arts. 812 a 819 (“Infracciones cometidas por personal civil de buques o aeronaves mercantes”), de los que si bien sólo los arts. 818 y 819 se requiere que sean cometidos en tiempo de guerra, la lectura de sus previsiones revela que son delitos que usualmente se cometerán en ese tiempo. Si no se cometiesen en tiempo de guerra, conforme a nuestra C.N. de 1853 su juzgamiento corresponderá a los tribunales ordinarios. Durante el tiempo de guerra es razonable que el personal civil de esos buques o aeronaves se considere militarizado (art. 873, inc. 2, del C.J.M.), particularmente los capitanes y comandantes.

§ 16. La previsión de delitos de civiles en C.J.M. es una anomalía de la ley militar, que en este sentido opera como ley penal especial. El sometimiento de esos falsos delitos militares a la jurisdicción militar en tiempo de paz no tiene asidero constitucional. El art. 29 de la C.N. de 1949 disponía: “Los militares y las personas que les están asimiladas estarán sujetos a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el Código

de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses”. Al perder vigencia esta disposición, hafto imprudente por cierto, no hay fundamento constitucional para extender la jurisdicción militar a civiles en tiempo de paz. El mismo codificador de 1951, encontrándose en vigencia esa peligrosa disposición constitucional, decía en la Exposición de Motivos que el ejercicio de la jurisdicción militar sobre civiles en tiempo de paz “debe hacerse en forma prudente”.

IV. EL DERECHO PENAL MILITAR Y EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR.

§ 17. El art. 508 del C.J.M. dice claramente que el delito militar es una violación a los deberes militares “que no se encuentre comprendida entre las faltas de disciplina”, en tanto que el art. 509 del mismo Código castrense dispone que “constituye falta de disciplina toda violación de los deberes militares, que la ley o los reglamentos repriman con alguna de las sanciones enumeradas en el art. 549”. El límite entre el derecho penal militar y el derecho disciplinario militar resulta, pues, claramente puesto por la misma ley militar.

Pese a esta clara señalización diferenciadora, y en contra de la doctrina extranjera —particularmente alemana, española e italiana— nuestra doctrina nacional discute la naturaleza penal del derecho penal militar. Antes de señalar los argumentos que se esgrimen al respecto y pasar a rebatirlos, vamos a ocuparnos de precisar las diferencias que median entre el derecho penal militar y el disciplinario militar.

El carácter diferencial del derecho disciplinario frente al penal finca principalmente en que mientras

éste tiende a la tutela de bienes jurídicos mediante una coerción que persigue un fin fundamentalmente resocializador, aquél mira a la mejor organización de un servicio público. En el orden criminal la materia de lo prohibido se encuentra estrechamente limitada por la tipicidad, en tanto que esto no ocurre en el ámbito disciplinario. El derecho penal protege bienes jurídicos mientras que el disciplinario mira tan sólo a la infracción de un deber especial con relación a un servicio determinado.

§ 18. En la simple lectura de nuestro C.J.M. puede observarse que en tanto el delito trae aparejadas sanciones que de ordinario conllevan la privación de la libertad, la falta se conforma amenazando con sanciones más leves (arts. 528 y 549) y que mientras los delitos sólo pueden ser juzgados por los consejos de guerra, órganos jurisdiccionales cuya actividad procesal se encuentra prolíjamente reglada mediante normas que contiene el propio C.J.M. y que incluyen las consiguientes garantías para el imputado (art. 121, C.J.M.) y cuyas sentencias, una vez firmes, tienen carácter irrevocable, las faltas disciplinarias son, de ordinario, sancionadas ejecutivamente por el presidente de la Nación o sus agentes en el mando militar, según lo dispone el art. 120 del C.J.M., conforme a las reglamentaciones que cada arma ha dictado para discernir, precisamente, las facultades que cada escalón en el mando militar puede ejercer y dentro de qué límites. Si por excepción la sanción disciplinaria es impuesta por un consejo de guerra, el presidente de la Nación posee facultades para "aumentar, sustituir, disminuir o perdonar la sanción disciplinaria impuesta en la sentencia" (art. 469, inc. 3, del C.J.M.), lo que obviamente no acontece con la sentencia penal militar.

En este ámbito administrativo-disciplinario puede aplicarse correctamente la tesis —que indebidamente pretende extenderse al derecho penal militar— que ve en la falta disciplinaria una lesión a la disciplina de las fuerzas armadas y en la jurisdicción disciplinaria militar una función del mando castrense. El deber de mandar, tiene su correlato en el deber de obedecer, y ambos son de capital importancia en el plano castrense, donde, como se ha dicho, la disciplina constituye la verdadera fuerza moral de los ejércitos, puesto que sin ella es impensable su eficacia.

Lo dicho para el sector militar tiene plena vigencia, si se observa para la Administración pública en general que "la complejidad y variedad de las funciones administrativas, la división y especialización del trabajo, en lo técnico, y de la competencia en lo jurídico, exigen especialmente en la Administración pública una organización y mecanismo que deben funcionar sin rozamientos. El agente u órgano del mecanismo administrativo, sea funcionario o empleado, debe obrar en él, en cierto modo, a impulso de quien lo dirige; y como conviene al servicio o función administrativa unidad en la dirección, de ahí la relación de dependencia del inferior respecto del superior, consecuencia necesaria de la organización y subordinación jerárquica, todo lo cual comporta, según lo expuesto: 1) el deber de obediencia, 2) un poder disciplinario tendiente a asegurar el cumplimiento de ese deber" (Bielsa, II, p. 117).

§ 19. Ya hemos referido que en el sistema de nuestro C.J.M. los delitos son sancionados por los consejos de guerra con las penas que prevé el art. 528. En cambio, las faltas se reprimen ejecutivamente por el presidente de la Nación y sus agentes en el

mando militar (art. 120, C.J.M.) con las sanciones que enumera el art. 549.

Por otra parte, entre el delito militar como infracción del derecho penal castrense y la falta de disciplina militar como infracción al derecho disciplinario militar, media una relación excluyente en el C.J.M., puesto que cuando el art. 508 define formalmente —y sólo en parte materialmente— al delito militar, dice, como ya lo hemos recordado, que es “toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este Código y demás leyes militares, que no se encuentre comprendida entre las faltas de disciplina...”. Por su parte, el art. 509 define a la falta de disciplina como “toda violación de los deberes militares, que la ley o los reglamentos repriman con alguna de las sanciones enumeradas en el art. 549”.

§ 20. Queda así establecido que el criterio diferencial adoptado por nuestro Código castrense —como no puede ser de otro modo—, radica en la sanción. El delito se reprime con penas (muerte, reclusión, prisión mayor, prisión menor y degradación); la falta, en cambio, con sanciones disciplinarias (destitución, suspensión de empleo, arresto, suspensión de mando, apercibimiento, confinamiento, exclusión del servicio, remoción de clase, suspensión de suboficiales y clases, recargo de servicio, calabozo y faginas). Ya veremos si la muerte puede estimarse pena (V.nº 52).

Tal el sencillo panorama de la diferenciación que permite al codificador hablar de “nitidez” en el deslinde entre la pena (de delito) y la sanción disciplinaria (aplicable a las faltas) en el párrafo dedicado a “Penología” de la Exposición de Motivos.

§ 21. Hasta aquí es todo por cierto muy claro. Empero, el propio Sacheri expresa más adelante que

en ciertos casos “se ha procurado establecer penas alternativas, es decir, no colocando en la figura una sola pena o sanción disciplinaria, sino las necesarias para que el tribunal, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en un caso dado, pueda administrar justicia en la forma más acertada posible”.

§ 22. De ello se sigue que “el Código define al delito y a la falta expresando que cada concepto lleva aparejado sanciones diferentes que las distinguen. A pesar de ello, en el texto no se puede apreciar este deslinde, toda vez que numerosas infracciones se sancionan con penas alternativas” (Héctor J. Tanzi).

Una recorrida por algunas disposiciones de nuestro Código permite apreciar que hay acciones que siempre constituyen delitos, hay otras que sólo pueden constituir faltas, y, finalmente, otras que *prima facie* son indeterminadas, toda vez que tienen sanciones alternativas de delito y falta.

Así, por ejemplo, los delitos contra la lealtad a la Nación, como v. gr. traición, espionaje y otros que se enumeran en los arts. 621 y ss. del C.J.M. constituyen siempre delitos. También lo son las llamadas infracciones contra los poderes públicos y el orden constitucional (rebelión y otros delitos contra el orden constitucional). No obstante, la conspiración y la proposición para la rebelión (delito), cuando el sujeto activo es un individuo de tropa sólo se reprimen con sanción disciplinaria —confinamiento— constituyendo una falta para este importante sector de las fuerzas armadas (art. 647, primera parte).

En lo que se refiere a las infracciones disciplinarias agrupadas en el título III del libro II correspondiente al tratado III del C.J.M., encontramos

genuinos delitos como las vias de hecho contra el superior y la sublevación. En cambio, en otros casos, por ejemplo la desobediencia, puede constituir delito o falta según determinadas circunstancias y, desde luego, las sanciones amenazadas (arts. 674 a 678, C.J.M.) lo mismo que la irrespetuosidad cometida fuera de actos de servicio que se reprende tanto con prisión menor, caso en que vendría a ser delito, o con destitución u otra sanción disciplinaria, ocasión en que vendría a constituir una falta (art. 665).

Otro caso de sanciones alternativas lo constituye el abuso de autoridad, del art. 702, C.J.M.: "El militar que se exceda arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones perjudicando a un inferior, o que lo maltrate prevalido de su autoridad, será reprimido con sanción disciplinaria o con prisión, siempre que del hecho no resulte un delito más grave, en cuyo caso, se aplicará la pena que a éste corresponde. Si el acto se produjere estando el inferior en formación con armas, la pena será de confinamiento, destitución o prisión".

La deserción, en principio, constituye una falta, pero en especiales casos llega a configurar delito, porque el art. 722 contempla una infracción mixta para el caso en que un sujeto cometiera tres o más deserciones, en cuyo caso puede ser sancionado con prisión (delito) o confinamiento (falta).

§ 23. Se ha observado con razón que este sistema presenta la ventaja de posibilitar la graduación de la represión a las modalidades del acto y a la personalidad del agente y la desventaja consistente en la indeterminación, en la puerta abierta para la comunicación de dos categorías tan diferentes como lo son el delito y la falta (Colombo, p. 107).

En efecto, parecenos seriamente objetable que

una misma descripción legal pueda recorrer ya el delito, ya la falta, porque la diferencia entre éstos no reside —ni mucho menos— en la magnitud del injusto (como ocurriría para diferenciar al delito de la contravención), sino que tienen terminantes diferencias ontológicas, que surgirán con claridad recién cuando establezcamos la diferente naturaleza de la pena y de la sanción administrativa disciplinaria. Dígamos únicamente, de momento, que la función preventiva de la pena resulta nítidamente diferenciada de la función reparadora, que es la que cumple la sanción disciplinaria.

§ 24. Pese a esta técnica criticable a la que nos hemos referido, nos resulta aún clara la distinción entre el delito y la falta disciplinaria militares. En los ejemplos que hemos puesto, se ve con nitidez que en algunos casos la posición que ocupa el sujeto activo dentro de las fuerzas armadas hace que, por su inferior jerarquía, no pase de hacerse acreedor de una sanción reparadora, sin que sea necesaria la pena y su gravísima secuela de consecuencias jurídicas, es decir, sin que se haga necesaria la particular ingenería en los bienes jurídicos del penado, que es propia de la pena. En otros, la posición del sujeto hace inadmisible que la infracción sea penada sólo con la sanción administrativa, lo que no es sólo una cuestión de magnitud del injusto, sino una cuestión de calidad del injusto, que es siempre lo que determina la presencia del delito y excluye la de la falta: como siempre, es decir, como también pasa en el derecho penal común, hay injustos que no son tolerados por el orden jurídico, porque éste considera que la seguridad jurídica no se contenta con la prevención general, siendo necesaria una prevención especial particular, que es precisamente la prevención penal, esto es, la pena.

En otros casos, la alternatividad de las sanciones —si bien criticable, insistimos— deja sin embargo al tribunal la posibilidad de valorar, frente a las particularidades del caso y a las condiciones del sujeto, si corresponde considerarlo incurso en una sanción penal o si es posible recurrir sólo a la sanción disciplinaria. Se trataría de una suerte de perdón judicial, que se otorga al tribunal militar como facultad especialísima. En cuanto al caso en que es la reincidencia la que posibilita la consideración como delito, no nos cabe duda de que la conducta del reincidente es cuantitativamente más grave que la del primario, pues causa mayor alarma social; por consiguiente, aquí es esa mayor alarma social la que hace que la conducta pueda configurar delito y no una simple infracción administrativa. Resulta evidente que la magnitud del injusto, si bien no es decisiva, en muchos casos marca el nivel de intolerancia de la conducta y la sanción diferenciada por parte del orden jurídico.

De todas formas, el derecho penal se distingue del administrativo siempre por el objeto de la sanción, por lo que, al ocuparnos del objeto de la sanción penal, este deslinde quedará mucho más determinado que aquí.

V: EL "DISCIPLINARISMO" Y SU REFUTACIÓN.

§ 25. Hemos dicho ya que prácticamente sólo en nuestro país se sigue afirmando rotundamente que el derecho penal militar tiene naturaleza administrativa. Resulta absolutamente inaceptable que una rama del derecho que aplica sanciones tan drásticas, pueda ser considerada como un mero "derecho disciplinario". Y lo que es aún más asombroso que se

pretenda que este supuesto "derecho disciplinario" pueda extenderse a civiles. También es notable que algunos autores acepten la naturaleza administrativa de nuestro derecho y, a renglón seguido, se enrolen en la tesis de la autonomía.

§ 26. Dejando de lado las contradicciones de los autores en particular, lo cierto es que la tesis del "disciplinarismo" reduce el derecho penal militar a un simple reglamento interno —pese a lo cual lo extiende a *extraeius*—, con lo cual resultaría que, para el Estado argentino una vida humana podría suprimirse por la vía de una simple resolución administrativa, del mismo modo que puede combatirse una plaga o eliminarse a un animal peligroso.

Semejante conclusión nos eximiría de todo comentario sobre esta tesis, si el disciplinarismo no se hallase tan extendido en nuestro medio y si no fuese también, en nuestra legislación, una consecuencia de la confusión en torno de los límites entre el derecho penal militar y el disciplinario militar, particularmente favorecida por nuestro defectuoso sistema legal, de cuyos inconvenientes acabamos de ocuparnos, y que permite al tribunal conceder una suerte de perdón judicial que reduce a falta disciplinaria lo que es delito.

§ 27. El disciplinarismo se vio favorecido en nuestro país por la amplia difusión de la tesis procesalista que le es inherente y, conforme a la cual, "la jurisdicción represiva militar es toda disciplinaria" (Risso Domínguez, I, p. 76), porque representa una función del mando militar (Bustillo, ps. 23 y ss.). Así, se afirma que "el poder de mandar lleva implícito el poder necesario para hacerse obedecer, es decir para emplear los medios apropiados para conseguir esa finalidad. Por ello es que el poder jurisdic-

cional disciplinario es inherente al poder de mando, o lo que es lo mismo, que la justicia militar es una función de mando" (Risso Domínguez, p. 77).

Aparece claro que si la jurisdicción castrense es una función de mando de carácter disciplinario, el "derecho aplicable" por la misma será también de carácter administrativo y tal es su "carácter intrínseco" según el disciplinarismo. Consiguientemente, se concluye que en nuestro régimen institucional el ejercicio de la jurisdicción militar corresponde en primer término al presidente de la Nación en su carácter de comandante en jefe de todas las fuerzas armadas, agregando que tanto el mando como el ejercicio de la jurisdicción necesaria para hacerlo efectivo pueden ser delegados por el presidente en sus agentes de mando militar, de manera que la parte de poder que ejercen los oficiales del Ejército y la Armada la ejercen por delegación, en la forma reglamentada por el Congreso, pues el poder ha sido conferido exclusivamente al presidente, y tan sólo en ese carácter de delegados suyos lo podrían ejercer sus agentes de mando militar (Risso Domínguez, ps. 78 y ss.).

§ 28. Así es como un prurito de liberalismo formal, que pretende negar a los tribunales militares su carácter de órgano jurisdiccional penal, olvidando que la propia Constitución nacional contempla la existencia de tribunales legos, como son los jurados, ha hecho pasar por alto la gravísima consecuencia que esta tesis procesal tiene para el derecho de fondo, donde lleva a la inaceptable conclusión de que la supresión de una vida humana sea el resultado de una medida administrativa.

§ 29. El disciplinarismo no puede pasar por alto que en el derecho penal militar los delitos se definen

con gran precisión, lo que, por cierto no tiene lugar en el derecho disciplinario, donde la infracción al deber jurídico puede asumir distintas formas. Por otra parte es obvio que las penas se imponen por órganos de la jurisdicción criminal mediante un proceso que dota al imputado de ciertas garantías y que termina en una sentencia que una vez firme es irrevocable, en tanto que las facultades disciplinarias residen en autoridades administrativas que se valen de un procedimiento administrativo que termina con resoluciones reformables o modificables. En este sentido, el disciplinarismo es capaz de explicar la jurisdicción disciplinaria militar, pero carece de apoyo dogmático —como veremos— para caracterizar a la jurisdicción penal militar.

§ 30. Es justo observar que si bien hay una pretensión imperialista por parte del derecho administrativo, que aspira a abarcar al derecho penal militar, también la hay por parte de algún sector de la doctrina penal, que pretende hacer del derecho disciplinario una parte del derecho penal. Para nosotros, el derecho disciplinario es un sector del derecho administrativo y, por consiguiente, el derecho disciplinario militar es también parte del derecho administrativo.

§ 31. La naturaleza administrativa del derecho disciplinario militar es evidente en nuestro C.J.M., pues en este campo las atribuciones del presidente de la Nación son amplísimas, pudiendo "aumentar, sustituir, disminuir o perdonar la sanción disciplinaria impuesta en la sentencia", pudiendo también "imponer sanción disciplinaria cuando se considere que el hecho que ha sido sometido al tribunal no constituye infracción delictiva" (art. 469, incs. 3 y 4, C.J.M.). Todo ello lo es respecto de las resolucio-

nes de los consejos de guerra, sin perjuicio de la facultad de sancionar las faltas que le confiere el art. 120, C.J.M. (competencia ejecutiva).

Empero, en lo referente a la jurisdicción penal militar, pensamos que se ha demostrado con total claridad que no se trata de una función de mando ni una justicia subordinada al Poder Ejecutivo, sino de una jurisdicción con atributos de plenitud (Ramayo, p. 1183) sobre la base de que sus tribunales (consejos de guerra) pueden dictar sentencias susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada, o sea que no precisan para ello integrarse con la aprobación presidencial, de manera que la calificación del hecho probado como delito y la pena impuesta, o la absolución a que en ella se llegue, no son revisables por el presidente de la Nación, no precisando por ende, para gozar de aquel efecto, en el sentido indicado, ser integradas con la aprobación —el “cúmplase” — presidencial. Ello resulta de que el C.J.M. no concede al presidente de la Nación la facultad de reformar las sentencias firmes de los tribunales castrenses.

§ 32. En cuanto al “cúmplase” presidencial en relación a las sentencias de los tribunales militares que prescribe el primer párrafo del art. 468, C.J.M., sólo puede demorarse en los casos previstos en el segundo párrafo de la disposición comentada: casos excepcionales de operaciones de guerra, necesidades del servicio, iniciación de juicio por prevaricato o cohecho contra los jueces que la han dictado, contienda de competencia promovida después de dictada la sentencia y recurso de hecho ante la Corte Suprema. *Fuera de tales excepciones no puede demorarse el “cúmplase”, que deviene obligatorio.* Y si bien se mira, aun en los casos excepcionales del segundo párrafo, el “cúmplase” sólo puede ser demorado por

el tiempo necesario, y el Poder Ejecutivo está obligado, tarde o temprano, a decretar la ejecución de lo resuelto “de completa conformidad con lo establecido por la sentencia” (art. 470, C.J.M.).

§ 33. El argumento disciplinarista que rechaza estas consideraciones como demostrativas de la naturaleza penal de nuestro derecho, basándose en que “no obstante el cúmplase puesto a la sentencia puede el presidente indultar, conmutar la pena por otra más benigna (art. 469, C.J.M.) actos ya no de orden jurisdiccional sino de gobierno” (Martínez Muñoz, p. 295) resulta inoperante para desacreditar el punto de vista que sostene mos. Es cierto que el C.J.M. prescribe en el art. 469 que “el presidente de la Nación, no obstante el cúmplase puesto a la sentencia de los tribunales militares, podrá ejercer las siguientes facultades: 1) la de perdonar mediante indulto, la pena de delito impuesta en la sentencia, de acuerdo con lo prescrito en el art. 480; 2) la de sustituir mediante conmutación, la pena de delito impuesta en la sentencia, por otra más benigna conforme con lo establecido por el art. 480...”. Pero de esta disposición, que es innecesaria en el C.J.M., no puede deducirse que los tribunales militares no sean órganos de plena jurisdicción, pues en tal caso no lo serían tampoco los tribunales federales, respecto de cuyas sentencias el presidente de la Nación no tiene ni más ni menos facultades, por así establecerlo el art. 86, inc. 6, de la Constitución nacional: “Puede indultar y conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

§ 34. Señalada cual es la base misma de la tesis del disciplinarismo y también cual es la razón de su

intrínseca falsedad, cabe apuntar que estos argumentos disciplinaristas se siguen repitiendo a lo largo de los años. Así, contemporáneamente se insiste en la doctrina penal que "el derecho penal militar no es más que un sector del derecho disciplinario. Sólo cuando se lo delimita dentro del marco propio de la disciplina correspondiente, no se confunde con un derecho penal común sustraído a su código y a su jurisdicción propios" (Ricardo Núñez I, p. 33), tesis que suelen repetir los procesalistas (Clariá Olmedo, II, p. 42; Gavier), siendo por demás comprensible que los administrativistas afirmen que entre este derecho y el administrativo "no existen relaciones, porque aquél no es otra cosa que una simple sección de éste. Nadie puede tener relaciones consigo mismo" (Miguel Marienhoff, I, p. 189; igual, Fiorini, p. 928).

§ 35. Sin embargo, no falta tampoco en nuestra doctrina la posición que consideramos correcta y que elude caer en el absurdo de pretender que dentro del orden jurídico argentino puede suprimirse una vida humana por vía administrativa. En este sentido correcto, se ha dicho que no puede calificarse "de mero derecho disciplinario a un conjunto de normas jurídicas por las que se llega a imponer hasta la pena de muerte. Cierto es que las fuerzas armadas forman parte de la Administración pública, pero también es cierto que a sus miembros se les aplican normas distintas de las que rigen para el resto de los individuos sometidos al orden jerárquico, y que esas normas acarrean consecuencias mucho más graves, más graves aún que las del derecho penal común" (Fontán Balestra, I, p. 71).

VI. LOS DELITOS MILITARES Y LA COERCIÓN PENAL MILITAR COMO OBJETO DEL DERECHO PENAL MILITAR.

§ 36. Del deslinde que acabamos de hacer, surge con claridad que el derecho penal militar tiene como único objeto de estudio los delitos militares y la coerción penal (penas) que le es anéja. Caracterizaremos a la coerción jurídico-penal militar como diferenciada de la ordinaria en el capítulo siguiente, puesto que es lo que fundamenta la especialización del derecho penal militar. De momento, nos ocuparemos solamente de los delitos militares, como parte del objeto de estudio del derecho penal militar, habida cuenta de que es el grupo de infracciones a los deberes militares que nos resta una vez diferenciado de los delitos de jurisdicción militar, de los delitos pseudo-militares y de las faltas disciplinarias militares.

§ 37. Hemos visto que la delimitación formal de los delitos militares la hace el C.J.M. en su art. 508, en el que hay una clara distinción de *dos clases de delitos militares*: los que cometen los militares, es decir, delitos propios (*delicta propta*) y los que estando tipificados por bandos militares, en situación especialísima, pueden ser cometidos por civiles, es decir, delitos del común (*delicta comunita*).

§ 38. Los *delitos militares propios* (o delitos propios de los militares) son los que únicamente puede cometer un militar, puesto que constituyen una *infracción a los deberes militares* que, como es natural, únicamente incumbe a quien tiene calidad de militar. Por consiguiente, como consecuencia necesaria de ser una *infracción a un deber militar*, deben

afectar un bien jurídico militar, aunque la lesión jurídica no se reduzca a tales bienes.

Como consecuencia de esta distinción entre delitos militares propios que sólo afectan bienes jurídicos militares y delitos militares propios que afectan bienes jurídicos militares y otros que no lo son, podemos distinguir entre *delitos esencialmente militares* y *delitos militarizados*. A esta última categoría pertenecen, por ejemplo, las vías de hecho contra el superior que causen lesiones o la muerte del superior, lo que afecta la disciplina militar gravemente y al mismo tiempo la vida o la integridad física.

Que todo delito militar propio deba afectar un bien jurídico militar (como infracción al deber jurídico militar que es) no implica —ni mucho menos— que cualquier afectación de un bien jurídico casltrense sea un delito militar, puesto que el *deber de no lesionar bienes jurídicos militares* no puede confundirse con el *deber jurídico militar*, que únicamente corresponde a los militares. Así, el deber de armarse en defensa de la Nación, que corresponde a todo ciudadano, es un deber cuya infracción afecta a un bien jurídico militar, pero no un deber militar, sino precisamente civil, esto es, de los ciudadanos. El deber jurídico militar es el que incumbe al militar en su carácter de tal, en tanto que al deber jurídico del ciudadano y del habitante corresponde la observación de la prohibición de lesionar bienes jurídicos militares.

§ 39. Los *delitos militares propios*, según los tipos penales respectivos, suponen o no un estado de guerra, o sea que pueden cometerse en tiempo de paz o de guerra, o son más graves en tiempo de guerra. Dicho en otras palabras, el *delito militar propio* puede ser *delito de tiempo de paz*, cuando únicamente pueda cometerse sin que medie una declaración de gue-

rra, como en el caso de actos hostiles que exponen a la Nación a una declaración de guerra (art. 638, C.J.M.), *delito de tiempo de guerra*, como la impericia o negligencia en la acción de guerra (art. 740, C.J.M.), *delito de cualquier tiempo o delito no referenciado* como el ultraje a la Nación o a sus símbolos (art. 758, C.J.M.), *delitos atenuados o privilegiados por tiempo de paz*, como la omisión de provisión de elementos de guerra o abastecimientos (art. 839, C.J.M.), que se encuentra privilegiada si tiene lugar en tiempo de paz (art. 840, C.J.M.) y *delitos agravados por tiempo de guerra*, como la revelación de santo y seña o de secreto militar (art. 772, C.J.M.).

§ 40. La otra categoría de delitos militares son los *delitos militares de excepción* que son los legislados por los bandos militares y cuyos sujetos activos pueden ser civiles o militares. Podrían ser llamados “*delitos militares impropios*”, pero la denominación no nos parece exacta, porque la explicación que el fenómeno tiene es que también en estos delitos se violan deberes militares. La excepcionalidad de los mismos finca en que los deberes militares ordinariamente sólo incumben a los militares, pero en las situaciones extremas en que se puede legislar por bando militar, los deberes militares se extienden a la población de la zona correspondiente, es decir, que pasan a ser todos sujetos calificados o propios, *en cuanto al cumplimiento de los deberes* cuya violación importa la comisión de un delito militar de excepción.

Que esos delitos de excepción son delitos militares, no puede cabrer duda alguna en el plano de nuestra legislación positiva, puesto que nuestro C.J.M. establece en su art. 508 que, además del delito militar como delito propio de los militares, o sea, de los que tienen deberes militares, es también delito mili-

tar "todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten, en tiempo de guerra".

No ultrapasaremos ahora el mero ámbito dogmático sobre la base legal positiva de nuestro C.J.M., sin entrar a la consideración dogmática de esta segunda clase de delitos militares dentro de la totalidad de nuestro orden jurídico, la que sólo puede esclarecerse a la luz de la *ratio essendi* del derecho penal militar mismo, de lo que nos ocuparemos en los capítulos siguientes. Dentro de un planteo así delimitado, y pese a que el art. 508, C.J.M., sólo se refiere a los deberes militares en su primera parte, esto es, para los delitos militares propios, no puede caber duda de que tales deberes se extienden a civiles en cuanto a la observancia de los mandatos y prohibiciones establecidos por bando en esas situaciones de excepción, puesto que es poco menos que inimaginable un delito militar que no afecte deberes militares. En este sentido, puede afirmarse que al poner a cargo de civiles deberes militares, se opera una relativa militarización subjetiva, que no es absoluta, en razón de que no se asigna a todos los posibles autores de delitos militares la condición de militar a los efectos de los delitos legalmente tipificados.

§ 41. La otra razón que nos lleva a denominar a estos delitos militares como excepcionales, es que se altera la vía de tipificación constitucionalmente establecida, pasando a ser fuente del derecho penal castrense el bando militar. La explicación de este fenómeno y su constitucionalidad es un problema del que nos ocuparemos más adelante, pero, de cualquier modo, cabe hacer notar que desde el punto de vista de nuestro C.J.M., su excepcionalidad es extrema, lo que resulta manifiesto si tenemos en cuenta que ellos son

extraordinarios incluso en tiempo de guerra, porque el art. 131, C.J.M., dispone "podrán dictarse" los bandos, al tiempo que el art. 136, C.J.M., se refiere a los casos de extralimitación, lo que claramente señala que dichos bandos se dictarán sólo cuando una necesidad ineludible de otro modo lo exija y no conforme a un criterio discrecional, ilimitado o arbitrario.

§ 42. La distinción entre delitos militares propios y de excepción nos conduce a una distinción que luego explicitaremos, entre un derecho penal militar ordinario —que puede ser de paz o de guerra— y un derecho penal militar de excepción, que pone deberes militares a cargo de civiles (es decir, que militariza civiles) y que es legislado por bandos militares.

§ 43. Resumiendo lo dicho, el derecho penal militar argentino se ocupa de los siguientes delitos y de sus penas:

A. <i>Delitos militares propios</i> , que sólo pueden ser cometidos por militares y afectar únicamente bienes jurídicos militares (<i>delitos esencialmente militares</i>) o bienes jurídicos militares y no militares (<i>delitos militarizados</i>), que pueden ser,	delitos de tiempo de guerra delitos de tiempo de paz delitos no referenciados delitos privilegiados por tiempo de paz delitos agravados por tiempo de guerra
B. <i>Delitos militares de excepción</i> que pueden ser cometidos por cualquiera y	son legislados por bandos militares y en circunstancias excepcionales dentro de la guerra, o de conmoción interior

§ 44. Por el contrario el derecho penal militar argentino no tiene por objeto ninguno de los siguientes delitos:

a) Delitos tipificados en el C.P. o en leyes especiales, cometidos por militares en los casos del art. 108, C.J. M.,	en tiempo de paz y de guerra son de jurisdicción militar.
b) Delitos tipificados por el C.J.M. y cometidos por civiles (falsos delitos militares),	
c) Delitos tipificados por el C.P. o por leyes penales especiales, cometidos por a) empleados y operarios no asimilados: b) prisioneros de guerra; c) personas que acompañan a las fuerzas; d) habitantes de las zonas ocupadas del territorio enemigo,	están sometidos a la jurisdicción militar sólo en tiempo de guerra.

Capítulo II

EL DERECHO PENAL MILITAR COMO DERECHO PENAL ESPECIAL

I. LA NECESIDAD Y EL LÍMITE DE LA COERCIÓN JURÍDICA.

§ 45. El derecho implica una decisión hasta cierto punto autoritaria que sin embargo es ineludible por constituir el único medio para evitar el caos, esto es, la lucha de todos contra todos (la "guerra civil" en el más amplio sentido del vocablo). El sueño de eliminar cualquier coerción jurídica ha sido siempre engendrado por idealismos utópicos cuyos intentos de materialización han fracasado en la mayoría de los casos, y en unos pocos ha servido para encubrir cualquier clase de autoritarismo represivo totalitario. La desaparición de la coerción jurídica no libera al hombre, sino que lo sumerge en el caos (cfr. Welzel, *Derecho y ética*), donde pierde toda jerarquía de *persona*, esto es, de ser capaz de autodeterminarse conforme a sentido, con la consiguiente idoneidad para asumir la responsabilidad por sus decisiones.

§ 46. La coerción jurídica es, pues, necesaria para posibilitar la existencia humana, dado que ésta nunca puede tener otra forma que la de coexistencia, porque el hombre aislado es una ficción contradictoria, un mal recurso didáctico para explicar que el Estado tiene un límite de ingerencia, lo que sin ese

recurso bien puede mostrarse apelando directamente a la realidad, que nos demuestra que si el objeto del derecho —entendido como ordenamiento jurídico— es possibilitar la coexistencia humana, resulta absurdo que pretenda cumplirlo suprimiendo la existencia del hombre, esto es, el derecho del hombre a hacerse a sí mismo decidiendo de sí. Negar el derecho del hombre a su elección importa tanto como negar el fin que el derecho quiere obtener, porque en lugar de possibilitar la existencia (que sólo puede ser coexistencia), sustituye al hombre, le quita su elección y lo coloca al mismo nivel que cualquier otra cosa o animal.

§ 47. Por ello, hay *dos concepciones del derecho*. Una es respetuosa de la dignidad de persona del hombre, que le garantiza un ámbito en que el hombre elige conforme a la autonomía moral que lo hace *persona*. Esta es la concepción *democrática y cristiana* (cfr. Estrada, ps. 136, 137) que consagra nuestra Constitución nacional en la primera parte del art. 19 con expresión clara y elocuente: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ni a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Esta concepción respeta la conciencia del hombre, de cuyas decisiones sólo responde cada quien frente a lo absoluto.

La concepción opuesta es la *totalitaria*, que se encubre de mil maneras. Eterno camaleón de la vida política de los pueblos, pretende que el hombre es sólo parte de un "todo", y que el fin del derecho es la realización del "todo", frente a lo cual, el hombre es poco menos que nada. Ese "todo" es siempre un *ídolo*, que a veces se muestra con cara de tal ("raza

superior", "destino manifiesto", "estirpe", "super-hombre"), pero otras veces se adora las máscaras más insólitamente engañosas: la Nación, la sociedad, el Estado, y hasta el derecho y la libertad mismos. Es natural que el ídolo del totalitarismo se enmascare en el carnaval político, puesto que si en lugar de entender por "Nación" la esencia emocional vinculante de una comunidad humana, por "sociedad" el fenómeno mismo de la coexistencia humana, c de concebir al derecho y al Estado como medios para lograr esa coexistencia y a la coexistencia como presupuesto para llegar a la libertad como fenómeno que sólo puede experimentar el hombre que responde auténticamente a su conciencia, se entiende a la "Nación", a la "sociedad" o al "Estado" como organismos o seres antropomórficos gigantescos, al derecho como su apuntalamiento y a la libertad como la forma de vivir conforme a los designios del "todo" (así, por ejemplo, la "moral marxista", la "moral nacional-socialista", etc.), las palabras que en nuestra concepción democrática y cristiana tienen un sentido humanista, quedan denigradas a signos para designar *ídolos*.

La misma moral cristiana puede denigrarse a una idolatría cuando se la pretende imponer desde afuera, coercitivamente, como norma que debe seguirse para lograr un fin superior (la Salvación), olvidando que a ella se llega por la fe, que requiere como presupuesto posibilitante la "libertad de conciencia" en sentido político. Hasta la doctrina del amor puede convertirse en un ídolo sanguinario en manos del Estado teocrático del "Sumo Inquisidor", personaje que aparece en Dostoevski y que Berdiaev somete a una adecuada interpretación, en la que pasa a segundo plano la pretendida crítica del artista al Catolicismo para resaltar el verdadero sentido de la libertad cris-

tiana. La idolatría totalitaria recibe la fuerza que la hace renacer desde la cloaca a que quedó reducido el templo de Baal (*Reyes*, 2, 10), porque frecuentemente el hombre experimenta su libertad como una carga pesada (Berdiaev).

§ 48. No obstante, cuando nos percatamos de que el derecho no aspira más que a posibilitar un orden mínimo de coexistencia, pero también caemos en la cuenta de que para hacerlo debe chocar en cierta medida con la conciencia individual, puesto que demanda un cierto grado de coerción, no pudiendo dejar librada su vigencia a la conciencia individual sin sacrificar su función, nos damos cuenta también de inmediato de la carencia de un límite claro para los supuestos dudosos, porque *la necesidad pasa muy fácilmente de justificación a pretexto* y cuando esto último acontece, se pasa de la concepción democrática a la totalitaria, de la coerción jurídica que evita el caos, a la fuerza de la represión tiránica, que es otra forma de introducir el caos.

El límite es un difícil equilibrio dinámico, que debe procurar su mayor grado de eficacia —esto es, posibilitar el mayor ámbito de autodeterminación de los habitantes— coartando lo menos posible la señalización moral que se opera en las conciencias individuales. No hay fórmula mágica capaz de sintetizar el requerimiento de este dinamismo equilibrado, precisamente por su propio dinamismo, pero debe quedar claro que la necesidad de la coerción jurídica no puede servir de sustento a cualquier argumento en favor de extralimitaciones intolerables en el uso de la fuerza, las que, cuando importan un empleo de fuerza innecesario para posibilitar la coexistencia, desvirtúan el fin del derecho, convirtiéndolo en un derecho represivo, y cuando lle-

garen al extremo de desconocer el carácter de persona del hombre; quedan en un mero ejercicio de fuerza que no puede llamarse derecho.

II. *LA COERCIÓN PENAL COMO MANIFESTACIÓN DIFERENCIADA DE LA COERCIÓN JURÍDICA.*

§ 49. La coerción jurídica se funda en la necesidad impuesta por la coexistencia. Esta coerción jurídica quiere motivar al hombre mediante una serie de comunicaciones de sanciones, con las que le va educando en la evitación de ciertas conductas que el orden jurídico prohíbe.

Casi todas las sanciones que conoce el orden jurídico tienen por objeto reparar el daño que el hombre ha causado, es decir, retribuir el mal causado para que con esa retribución, con esa inflicción de otro mal al autor, quede reparado el daño que el autor haya inferido a los partícipes de la coexistencia que resultaran afectados por su conducta. De este modo, todos saben que cuando infringen una prohibición legal, causando un mal, esa infracción deberán pagarla reparando el mal. En este sentido, la sanción jurídica cumple una función de *prevención general*, es decir que no sólo tiene el objeto de reparar el daño, sino que también, mediante esa reparación, enseña a los demás —esto es, a los que no lo han inferido— que dentro del orden jurídico nadie puede inferir gratuitamente un daño, es decir, que nadie puede afectar el orden jurídico sin reparar la lesión.

Así, la sanción civil, esto es, la reparación del perjuicio causado por el incumplimiento de la obligación civil, tiene un fin reparador. Se trata de una retribución que persigue la reparación del perjuicio y,

con ello, obtiene también una prevención general, puesto que se supone que nadie desea ser sancionado de esa forma. La sanción administrativa también tiene un contenido parecido, puesto que consiste en una reparación a la imagen pública de la administración, sin perjuicio de lo cual surte el efecto de constituir una prevención general reducida al ámbito de los *intraneus* —o sea, de los miembros de la administración— en el caso de ser derecho disciplinario. La multa administrativa tiene un contenido reparador por regla general, puesto que con ella se repara el daño causado a la administración (por la no percepción oportuna de un impuesto, por ejemplo). A veces la multa administrativa tiene carácter penal, como pasa con algunas contravenciones municipales, en cuyo caso es parte del derecho penal, pero lo normal es que sólo tenga contenido reparador.

Cuando se repara un mal infiriendo otro análogo, la retribución de un mal con otro tiene un claro sentido racional, puesto que no se infiere el segundo mal por mera venganza, sino para reparar el primero. La certeza de que cualquier mal será reparado es lo que va haciendo que las pautas jurídicas pasen a ser pautas de conducta social, por medio de una prevención general que le es inherente.

§ 50. Sin embargo, hay una forma de coerción jurídica que no es reparadora y cuya función principal no es la prevención general. Esta forma de la coerción jurídica tiene lugar cuando las otras formas de coerción no aparecen como suficientes, es decir, cuando la reparación no basta para prevenir futuras acciones similares, sino que es necesaria una prevención especial, o sea, una acción ejercida sobre el autor para resocializarla. Esta es justamente la coerción penal: *se dirige primordialmente hacia el autor de la*

conducta (prevención especial) para ejercer sobre él una acción resocializadora. Tal es la característica distintiva de la pena respecto de las restantes sanciones jurídicas.

Las sanciones civiles, laborales, administrativas, etc.	La pena
se ejercen para que se repare el daño y	se ejerce sobre el autor para resocializarle y
dirigen su efecto psíquico hacia todos, para que no cometan nuevas infracciones (prevención general).	dirige su efecto psíquico hacia el autor mismo, para que no cometa nuevos delitos (prevención especial).

§ 51. La prevención general, es decir, la formación del ciudadano en forma tal que el mismo adapte su conducta a las pautas que no lesionen a sus congéneres, la procura el derecho mediante la certeza que en todos genera de que cualquier lesión ajena debe repararse. *De allí que no necesariamente la sanción jurídica recaiga sobre el autor de la lesión, sino que puede recaer sobre otros, tales como sus sucesores, socios, etc.* La prevención especial es la que tiene lugar cuando al ciudadano no le ha sido suficiente esa certeza general en el deber de reparar, siendo su conducta considerada por el derecho como absolutamente intolerable, no porque necesariamente importe una lesión de mayor gravedad, sino porque pone de manifiesto una particular falta de adaptación a los valores fundamentales de la coexistencia, lo que requiere que se lo resocialice, es decir, que se lo reubique en la sociedad motivado suficientemente como para que no incurra en análogas conductas. *De allí que la sanción penal sea eminentemente personal y no pueda recaer sobre otro que*

no sea el propio autor de la conducta (principio de intrascendencia de la pena).

§ 52. Caracterizada la pena tal como lo hemos hecho, cabe preguntarse cómo podemos explicar que en nuestra legislación penal se hable de "pena de muerte", porque es obvio que la misma no cumple ninguna función resocializadora.

Entendemos que la llamada "pena de muerte" no es una pena, sino una medida eliminatoria que ha salido del concepto contemporáneo de pena, precisamente por no cumplir ninguna función resocializadora. Además, resulta claro que en el actual estadio de nuestra cultura, la llamada "pena de muerte" es una pena cruel, de las expresamente prohibidas por nuestra Constitución nacional cuyo art. 18 proscribe para siempre toda clase de "tormento". Si bien es cierto que la única pena de muerte expresamente prohibida por nuestra C.N. es la impuesta por causas políticas, no puede menos que pensarse que el concepto de "tormento" no es un concepto estático, sino que debe definirse conforme a pautas culturales y lo que no es tormento para un determinado tiempo lo es para un siglo después. Es obvio que nuestro sentido de la sensibilidad humana ha aumentado, pese a los episodios brutales que conmovieron a la humanidad, que precisamente han indicado como experiencia —cuando se la quiere aprovechar— la exacta dimensión del dolor humano, resultando hoy intolerables penas que hace un siglo parecían admisibles. Nadie puede concebir hoy una pena de presidio en la que al presidiario se le coloque un traje a rayas y se le ate una bola de hierro con una cadena a un pie; sin embargo a nadie se le ocurrió que eso era un tormento durante todo el tiempo en que esa pena estuvo legislada en el Código de Tejedor. Algo análogo pasaba

con los azotes, puesto que hubo constituyentes que los defendieron en el seno de la Constituyente de la Provincia de Buenos Aires. Finalmente triunfó la tesis opuesta, pero a más de un siglo de distancia nos parece inverosímil la aceptación de dicho castigo físico. Hoy, pensando en que no hay procedimiento capaz de matar sin dolor, en la angustia que el hombre sufre ante la larga amenaza de la muerte durante un prolongado proceso penal, en que la muerte no es una pena, porque no resocializa, sino porque simplemente impide, como puede impedir el corte de la mano del ladrón o del falsificador, no podemos menos que concluir en que la llamada "pena de muerte" ha perdido en nuestra cultura occidental el carácter de tal y que frente a nuestra C.N. es una forma de tormento inadmisible.

Por consiguiente, la llamada "pena de muerte" legislada en nuestro C.P. hay que tenerla por no escrita, en razón de su absoluta inconstitucionalidad. Esta inconstitucionalidad es aún más evidente, dada la forma en que está legislada en nuestro C.P. vigente, en que se muestra como totalmente irracional, puesto que no es el medio adecuado para lograr el fin propuesto y porque altera toda la escala de valores consagrada en nuestro orden jurídico.

III. LA "RATIO ESSENDI" DEL DERECHO PENAL MILITAR ORDINARIO.

§ 53. Al delimitar anteriormente el ámbito del derecho penal militar, vimos que es el que se ocupa de los delitos militares y caracterizamos a éstos. No obstante, la delimitación entre el derecho penal y las restantes ramas jurídicas, como acabamos de exponerlo, tiene lugar únicamente sobre la base de la diferenciación de la sanción penal, que por su naturaleza com-

pletamente particular —preventivo especial— es nítidamente distinta del resto. Consecuentemente, cabe preguntarse ahora si hay dentro del derecho penal una subrama con características especiales que es el derecho penal militar.

Si nos limitamos al derecho penal militar legislado en el C.J.M. y en las leyes especiales, veremos que el mismo prevé una serie de penas para delitos propios de los militares o de quien tiene estado militar y su razón de ser responde a la necesidad de prevenir un fenómeno catastrófico que es la guerra. Puede observarse que este sistema de delitos y penas militares no se adapta del todo al concepto general del derecho penal, puesto que la llamada "pena de muerte" nada tiene de resocializadora, ni tampoco respeta el requisito de la legalidad la disposición que en determinadas circunstancias excepcionales autoriza a que se tipifiquen delitos por medio de bandos militares. A un primer golpe de vista pues, el derecho penal militar viola dos requisitos fundamentales del derecho penal en general: la finalidad resocializadora de la pena y la legalidad de los tipos penales. Sin embargo, a poco que meditemos el problema, veremos que hay dos aspectos del derecho penal militar que es necesario diferenciar nítidamente para no incurrir en confusiones.

En efecto, podemos hablar de un *derecho penal militar ordinario*, que se integra con el derecho penal militar que está legislado en el C.J.M. y en las leyes especiales y que no acude a la llamada "pena de muerte", y un *derecho penal militar de excepción*, que es el que aplica la llamada "pena de muerte" y que autoriza a tipificar delitos por medio de bandos militares. No se trata del derecho penal militar de paz y de guerra, como suele decirse, porque ambos pueden tener aplicación haya o no guerra,

sino de un derecho penal militar para situación de necesidad enorme o tremenda, y un derecho penal militar para situación de necesidad terribleísima. Por supuesto que la situación de necesidad terribleísima casi siempre habrá de tener lugar en la guerra, pero ello no es necesario, puesto que una catástrofe, como puede ser un terremoto que destruya una capital, no es una guerra y sin embargo es una situación de necesidad terribleísima, en la que entra a funcionar el derecho penal militar de excepción. Inversamente, la guerra representa una situación de necesidad enorme, pero no terribleísima, puesto que ésta surge sólo en algunos casos excepcionales dentro de la guerra. Hay tipos penales en el C.J.M. que presuponen el estado de guerra y dicho estado por sí sólo no autoriza a legislar discrecionalmente en tiempo de guerra por medio de bandos, dado que de ser así, no tendrían sentido los tipos legales que prevén conductas delictivas cometidas en tiempo de guerra.

§ 54. De este derecho penal militar de excepción nos ocuparemos en el capítulo siguiente. De momento, vamos a averiguar cual es el fundamento del derecho penal militar ordinario, es decir, del derecho penal militar que se ocupa de los delitos propios de los militares legislados en el C.J.M. o en leyes penales militares especiales y cuyas penas son todas las previstas en ese cuerpo con exclusión de la llamada "pena de muerte". La *ratio essendi* de este derecho penal militar proviene, obviamente, de una realidad innegable, para cuya comprobación basta con abrir cualquier periódico o con leer la historia de la Nación o de la Humanidad o cualquiera de sus capítulos más o menos extensos: la guerra. Eventualmente, también puede hallar su *ratio essendi* en otras catástrofes que afecten en forma masiva bienes jurídicos

importantes, pero es indiscutible que su *ratio essendi* es, por excelencia, el fenómeno de la guerra.

Es indiscutible también que la guerra es el fracaso del derecho, porque es un acto de fuerza o una sucesión de actos de fuerza para resolver un conflicto que el derecho es impotente para resolver. De no mediar esta impotencia jurídica, las guerras no existirían. Este fenómeno se halla presente en el mundo y, si bien todas las voces que han negado la necesidad de la coerción jurídica, también niegan la necesidad de la guerra, lo cierto es que ella permanece. Estamos muy lejos de afirmar que la guerra sea un mal inevitable, ni de afiliarnos a una concepción pesimista del hombre que conciba a la guerra como un fenómeno necesario de descarga agresiva, sin posibilidad alguna de canalización positiva. Por el contrario, creemos en la causa del Evangelio, que es la "causa de la paz, basada en la justicia y el amor entre los hombres y entre los pueblos" y nos unimos al ruego pontificio para que "todos", gobernantes y súbditos, aprendan a vivir en paz, se eduquen para la paz, hagan cuanto exige la justicia y el respeto de los derechos de todo hombre, para que se consolide la paz" (Juan Pablo II, en N. S. de Guadalupe, Méjico, 27 de enero de 1979). Sin embargo, la realidad del fenómeno la tenemos delante nuestro y, pese a que a los hombres de derecho puede producirnos un cierto rechazo, puesto que nos exhibe un límite de impotencia, lo cierto es que está en el mundo.

Hay una enorme distancia entre la actitud de un alucinado delirante tocando los más inconscientes resortes de la agresividad de las masas y agitando banderas agresivas bajo el pretexto de la defensa de una nación, y la verdadera defensa contra una agresión, cuya renuncia sería absolutamente suicida en las actuales circunstancias del mundo, pese a que entre ambos

extremos hay matices muy difíciles de juzgar. No obstante, esta cuestión no es la que nos toca elucidar, puesto que ella corresponde al ámbito del derecho internacional público. Nuestro problema es la reacción del orden jurídico ante el *factum* de la guerra, que se presenta como una catástrofe que, como amenaza, pesa indiscutiblemente sobre los bienes jurídicos tutelados en general.

Es precisamente esa amenaza de catástrofe, que siempre existe en tiempo de paz, lo que fundamenta la necesidad de prevenirla proveyendo a la defensa nacional mediante la organización y el sostenimiento de las fuerzas armadas, y es la presencia misma de la catástrofe lo que pone en acción al máximo el potencial defensivo y, por consiguiente, exige el máximo de efectividad en el funcionamiento del que antes era órgano meramente preventivo. En cualquiera de ambas circunstancias, preventiva o directamente activa, es decir, ante la general amenaza de guerra que pende sobre toda nación o ante la efectiva presencia de la misma, ésta importa una situación de necesidad enorme, puesto que no sólo entra en juego la defensa de la existencia de la Nación como tal, sino también la defensa *masiva* de los bienes jurídicos que el orden jurídico tutela.

La seguridad nacional es la seguridad de los bienes jurídicos masivamente considerados y de la existencia de la Nación como tal, frente a peligros catástroficos. La guerra es un estado de necesidad enorme o formidable, que es susceptible de prevenirse, lo que da su razón de ser al derecho penal militar, puesto que la prevención de tales males demanda la presencia de un cuerpo técnico cuya eficacia depende del orden y de la disciplina, como condición indispensable para su prontitud y precisión de acción. Dado que la amenaza de esa catástrofe es en el mundo contemporáneo

permanente, el Estado debe mantener permanentemente ese cuerpo técnico en perfectas condiciones para entrar en acción en el supuesto de que la necesidad enorme se presente.

Esta es la razón por la que no puede prescindir ningún Estado moderno de una eficiente organización de sus fuerzas armadas, que son una institución básica para la existencia de toda nación. La particular situación jurídica de sus integrantes, que por formar parte de un cuerpo especializado que tiene en sus manos semejante responsabilidad y que se caracteriza por la ineludible necesidad de que sus miembros se adapten a una disciplina rígida y a un orden completamente distinto del que rige para quienes no se hallan en esa situación jurídica, crea a sus miembros deberes que no tiene a su cargo quien no integra las fuerzas armadas, es decir, quien no tiene estado militar. La violación a esos deberes asume caracteres especialmente graves, puesto que no sólo genera peligros gravísimos para la coexistencia, sino que también resulta particularmente reprochable a sus autores, dado que su condición jurídica hace que su conducta sea más reprochable; de allí que la pena sea más grave cuanto mayor sea la jerarquía del autor (art. 521, C.J.M.).

§ 55. En síntesis:

a) La *ratio essendi* del derecho penal militar ordinario es la necesidad de erigir y sostener un cuerpo técnico, que en tiempo de paz tiene carácter preventivo frente a la amenaza de una situación de necesidad enorme —la guerra— y en tiempo de guerra asume carácter defensivo frente a la actualización de esa necesidad enorme.

b) Las características propias de ese cuerpo técnico hacen que sus integrantes asuman deberes especiales, como también que la violación de ciertos deberes impuestos a todos los habitantes, revista en ellos caracteres de mayor gravedad, por el mayor peligro y la mayor reprochabilidad de su conducta.

c) De esas mismas características se deriva la necesidad de que ese cuerpo responda a una organización jerárquica sumamente disciplinada y ordenada, en que surgen deberes cuya violación es delictiva debido al detrimento que es susceptible de sufrir la eficacia del cuerpo.

IV. LA SUSTANCIA ÚNICA DE LA COERCIÓN PENAL. LA COERCIÓN PENAL MILITAR NO ES SUSTANCIALMENTE DISTINTA DE LA ORDINARIA.

§ 56. La *sustancia* de algo es lo que hace que exista como tal, sin perjuicio de que, necesariamente, su existencia se manifieste por sus determinaciones, que son sus *accidentes*, lo que desde Aristóteles es poco menos que incuestionable (Ponferrada, p. 87). Así, un caballo debe reunir ciertos caracteres para ser tal, sin perjuicio de que sea ovejo, petisón, criollo, etc. Igualmente, la coerción penal militar tiene ciertos caracteres que la hacen ser coerción penal, sin perjuicio de que presente algunas particularidades que la distinguen de la coerción penal ordinaria pero que se han exagerado, cayendo en el error de entender que, en lugar de tener accidentes que la particularizan, tiene caracteres que la dotan de otra sustancia.

Por supuesto que este error, consistente en una magnificación de la diferencia de la coerción penal militar respecto de la ordinaria, hasta el punto de dotarla de una sustancia distinta, está íntimamente vinculado al "disciplinarismo", puesto que si la coerción penal militar tuviese una sustancia distinta de la ordinaria, el derecho penal militar no sería derecho penal, sino derecho administrativo o cualquier otra cosa, lo que negamos rotundamente.

Para nosotros resulta claro que la coerción penal militar es una coerción penal con *accidentes* que la especializan respecto de la ordinaria, pero *cuya sustancia se conserva idéntica a la ordinaria*.

§ 57. Suele decirse que la pena militar presenta como rasgo característico su mayor severidad. Entre nosotros se ha señalado que "por razón del servicio que está principalmente destinado a desempeñar —el de combatir y por lo tanto el de matar— le es necesario a la fuerza armada disponer de penas que deben ser extremadamente severas para que resulten eficaces. Forzosamente debe comprenderse entre ellas a la más severa de todas: la pena de muerte" (Risso Domínguez, p. 332). Se ha dicho, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto de la jurisdicción militar, que "ese organismo especial con sus leyes de fondo y de forma, se ha fundado en la necesidad de colocar al Ejército y a la Armada en una situación diferente a las demás partes del mecanismo gubernamental, ya por su composición, ya por las reglas que deben gobernarlo, de modo a contenerlo ante la sociedad desarmada, dándole al mismo tiempo la unidad y dirección que la ejecución de las órdenes requiere. Las leyes militares han sido aceptadas por todos los pueblos civilizados como una necesidad social, y se ha querido con ellas, no sólo prevenir los

peligros de la fuerza armada, sino también asegurar su eficacia en su propia garantía y la garantía de la Nación, a fin de que pueda llenar cumplidamente los fines que le han dado origen y la justifican, o sean, proveer a la defensa común y consolidar la paz interior". (causa del teniente: Quiroga, 1905). En el mismo sentido dijo también la C.S.J.N. que "todas las penas terribles impuestas al militar por cualquier motivo, todas las precauciones y reglas severas que se refieren al servicio, como la obediencia y la sumisión pasiva a los superiores, tienen por causa y por fin la dura necesidad de la disciplina, que afecta fundamentalmente la existencia del Ejército" (causa del coronel Espina, cit. por Risso Domínguez, p. 334).

También se ha citado en análogo sentido al general Allard, quien dijo que "en el frontispicio de las leyes militares, no puede haber más que una palabra: "intimidación", para que, por el temor que esas leyes inspiran no tengan ni un momento de vacilación los que tienen por única misión dar y recibir la muerte en defensa de la patria. Pero no hay necesidad, se arguye, de que las leyes militares sean tan excepcionalmente duras; los ejércitos se componen de hombres y éstos han mejorado sensiblemente su educación, los gobiernos se han liberalizado, las leyes se han suavizado y las leyes todas deben ser el fiel reflejo de las costumbres. Todo esto es cierto, pero también es cierto que la organización física del hombre es la misma ahora que antes, y los sentimientos, que son el resultado de esa organización, permanecen igualmente inalterables. La naturaleza moral deriva de la naturaleza física. En el hombre como en los animales lo que predomina es el sentimiento de la propia conservación. Y si esto es así, si la necesidad de los ejércitos subsiste, si su misión única es la de combatir, no veo cómo la liberalidad de los gobiernos

y la suavidad de las costumbres sociales deban modificar la estructura severa de las leyes militares" (Risso Domínguez, p. 336).

§ 58. Con todo, y tal como lo explicáramos, se echa de ver que la clásica exposición de la cuestión, tiene bastante que ver con el carácter disciplinario que pretende darse a nuestra materia, y éste con el carácter retributivo y única o prevalentemente intimidatorio que se atribuye a las penas castrenses (prevención general), el que se haría valer a través de recias sanciones entre las que, naturalmente, revista la llamada "pena de muerte". La misma exposición de motivos del vigente C.J.M. expresa que en la esfera militar "los intereses de la disciplina requieren como regla la ejemplaridad de la sanción, el mantenimiento del prestigio de las instituciones armadas, y sólo subsidiariamente la reforma del delincuente".

De ser cierto lo aquí señalado, la pena del derecho penal militar tendría diferente sustancia que la pena del derecho penal común. En tanto que la pena común tendría por objeto primordial la resocialización, la pena militar miraría principalmente a la intimidación. Esto importaría que el derecho penal castrense seguiría confiando en la eficacia intimidatoria de la pena, así como antes se confiaba en ella en el derecho penal ordinario. Se trataría de penas ejemplificadoras, que volverían a ese derecho penal al tiempo de las penas atroces, indignas de la actual cultura humana y de todo sentimiento cristiano. En el mejor de los casos, estaría vigente en el derecho penal militar la tesis que de la pena sostendía Feuerbach, es decir, que la pena funciona como una "coacción psicológica" que se ejerce sobre los que no han delinquido (prevención general) para que no lo hagan. Se olvidaría que en el mismo sentido, con toda razón objetaba Hegel a

la tesis de Feuerbach —que por ser la más conocida de sus teorías no es por ello la más afortunada— que el derecho penal se comportaría frente al hombre común —en nuestro caso frente al militar obediente de sus deberes— como lo hace un patrón frente a su perro, es decir, que estarían los tribunales militares amenazando constantemente con un bastón a todos los integrantes del cuerpo armado, para exigirles esfuerzos poco menos que sobrehumanos, so pena de descarregarles sin piedad alguna los más rudos golpes.

De ser ello cierto, importaría degradar al derecho penal militar a una amenaza para sujetos que actuarían poco menos que como autómatas coaccionados permanentemente, lo que en modo alguno es admisible para el decoro y el concepto público y general de los integrantes de los cuerpos armados. Por otro lado, sabemos que la eficacia intimidatoria de la pena, es una cuestión que hoy está totalmente desprestigiada, puesto que dista mucho de ser una realidad, al menos con la amplitud con que se creía ciegamente en ella en otros tiempos. Por otra parte, la humanidad no puede consentir que se pase por alto la condición de persona humana de los hombres con estado militar y la dignidad humana de los mismos es acreedora al respeto que el derecho debe a todos los que se hallan a él sometidos, cualquiera sea su *status jurídico*. Justamente el derecho deja de ser tal y se reduce a un puro ejercicio arbitrario de poder, en los casos en que desconoce al hombre en su carácter de persona, es decir, de ente capaz de determinarse conforme a sentido y de ser responsable precisamente por esas determinaciones.

§ 59. No cabe duda de que en general la pena militar es más severa que la común, pero de allí no se sigue que tenga un propósito exclusivamente inti-

midatorio y ni siquiera que la pena militar persiga secundariamente esa finalidad. La mayor gravedad de la pena castrense resulta clara cuando el art. 870 del C.J.M. establece que cuando un mismo delito estuviese previsto en la ley militar y en el Código Penal o en leyes especiales y reprimido con distintas penas, se aplicará la más grave, lo que dogmáticamente confirma la mayor gravedad de la ley penal militar, es decir, la mayor severidad de sus penas.

§ 60. Dogmáticamente, lo único cierto es que la pena militar es en general de mayor gravedad que la ordinaria, pero cabe preguntarse si eso responde a una necesidad u objetivo intimidatorio, o a una característica especial del derecho penal militar, en el que *las conductas delictivas resultan más graves que en el derecho penal común, por responder a un mayor contenido de injusto o a una mayor culpabilidad. Nos inclinamos por esta segunda tesis, que creemos resulta ser la más acertada.*

Si pensamos por un momento en que la homosexualidad entre adultos no puede ser punida como delito en la vida civil, porque esa punición violaría el art. 19 constitucional, no por ello debemos concluir en que la homosexualidad militar es inconstitucional, tal como la prevé el art. 765, C.J.M., porque en la vida civil no hay ningún bien jurídico que resulte afectado por esa conducta realizada en privado, pero en el orden penal militar la posibilidad de trascendencia del conocimiento de esa conducta afecta la imagen pública de las fuerzas armadas y la confianza que ellas deben gozar por parte de los habitantes de la Nación, cuyo crédito frente a ellos es indispensable para que ante la necesidad tremenda cuenten con la participación y apoyo de la población. No se trata

de que sea más rígida la moral exigida al militar, sino de que éste no realice actos que afecten la confianza pública en la institución armada, es decir, el honor objetivo y prestigio de la misma, que sin duda es un bien jurídico ajeno, que el militar que realiza esos actos está afectando o poniendo en peligro de afectación. El descrédito de la institución castrense, en el supuesto de actualización de la necesidad tremenda —la guerra— puede acarrear males enormes. Este peligro para los bienes jurídicos ajenos es lo que se tutela en el art. 765, C.J.M., y no una mera pauta moral individual, como en el caso en que pretendiese extenderse esa punición a civiles.

Del mismo modo, si un militar ultraja públicamente a la Nación o a sus símbolos, no sólo afecta el sentimiento público de nacionalidad, sino que también provoca un serio descrédito a las fuerzas armadas (art. 758, C.J.M.), por lo que su conducta es más grave que la de un civil cualquiera.

Vemos así que, en un caso, la conducta del civil no afecta a bien jurídico alguno, en tanto que la del militar afecta al honor objetivo o prestigio público de las fuerzas armadas, en tanto que, en el otro, la conducta del civil sólo afecta al sentimiento nacional, mientras que la conducta del militar afecta a éste y también al honor objetivo de las fuerzas armadas. De allí que el derecho penal militar imponga pena en el primer caso a lo que es atípico en el derecho penal común, y en el segundo imponga una pena más grave que la prevista para la misma conducta por el derecho penal común. Con estos dos sencillos ejemplos vemos claramente que no está para nada en juego la intimidación en la mayor severidad del derecho penal militar, sino que simplemente se trata de una cuestión que hace al grado del contenido de injusto del hecho.

§ 61. Por tener los militares deberes que se ponen a su cargo porque una necesidad tremenda impone la existencia de las instituciones armadas, que sólo pueden ser eficaces merced a su orden, disciplina, jerarquía y prestigio, la violación de esos deberes debe acarreárselas penas que no pueden imponerse a civiles. y si esa violación afecta al mismo tiempo a otros bienes jurídicos, las consecuencias penales deben ser más graves para el militar, porque a la afectación en que también hubiese incurrido cualquier civil, suma la violación de su deber militar. Dicho en otras palabras: como el delito militar resquebraja, debilita o anula la acción institucional frente a la necesidad potencial (preventiva) o a la necesidad actual (defensiva) de evitar el aniquilamiento masivo de bienes jurídicos, es lógico que para el militar sean típicas conductas que resultan atípicas para los civiles (delitos esencialmente militares) o que sean más graves algunos delitos cuando son cometidos por militares (delitos militarizados).

§ 62. Por supuesto que el contenido de injusto del hecho será mayor cuando el peligro de destrucción masiva de bienes jurídicos sea efectivo y presente, que cuando permanezca en forma de simple amenaza más o menos lejana y el cuerpo armado se mantenga sólo en forma preventiva, porque la lesión o el peligro que genera el delito en el primer caso es necesariamente de mayor gravedad que el que provoca en el segundo, dado que en el primero debilita o neutraliza una defensa institucional frente a la actualidad de la necesidad terrible, en tanto que en el segundo sólo debilita o neutraliza una mera preventión de la misma. De allí que tampoco sea la intimidación lo que explique la mayor severidad de las penas en el derecho penal militar de guerra que en

el de paz, porque también es una cuestión de magnitud del injusto. Es indiscutible que faltar dos días consecutivos a la unidad en tiempo de paz (art. 729, C.J.M.), configurará una falta de disciplina para el personal subalterno, pero no puede ser tan leve la magnitud de la consecuencia penal en caso de guerra. lo que explica que en ese supuesto la misma acción sea delito. El art. 731 es otro claro ejemplo de lo que venimos diciendo: el centinela que abandona su puesto en tiempo de paz comete un delito, pero sus consecuencias son un peligro eventual de lesión a la defensa institucional y masiva de los bienes jurídicos (un ataque imprevisto), pero no puede compararse ese peligro con el que causa el mismo centinela que hace abandono del puesto en tiempo de guerra y frente al enemigo, lo que explica que la pena llegue allí al máximo. Nada hay en esto que altere los principios generales del derecho penal, en cuanto a la pena se refiere.

§ 63. Tampoco se altera la sustancia de la coerción penal por la circunstancia de que sea la condición de militar una de las condiciones para la aplicación de las penas militares. En el derecho penal ordinario hay *delicta propia*, es decir, delitos que requieren una determinada condición en el autor, y *delicta comunia* que pueden ser cometidos por cualquiera, y frecuentemente son los primeros los que configuran tipos calificados agravados. Los médicos y profesionales del arte de curar tienen pena mayor en la práctica del aborto, los parientes (ascendiente, descendiente o cónyuge) en el homicidio, los funcionarios en muchos delitos, etc. Cuando la condición del autor hace que los sujetos pasivos estén más indefensos, es lógico que su conducta típica resulte más injusta que cuando el autor no presenta esa condición. A mayor indefensión de los bienes jurídicos, mayor injusto del

hecho. Mayor es la indefensión del que resulta afectado por quien tiene el deber especial de prodigar el bien, que la de quien es lesionado por quien no tiene ese deber, porque más confiado está el primero que el segundo. La condición de militar del autor del delito castrense no es más que un presupuesto necesario de la pena militar que, a su vez, presupone un mayor contenido de injusto en el delito, que en este aspecto se deriva, precisamente, de la condición militar del autor.

V. IDENTIDAD DEL OBJETO Y DEL LÍMITE DE LAS COERCIONES PENALES MILITAR Y ORDINARIA.

§ 64. Reina una enorme disputa y una mayor confusión en torno del objeto y del límite de la coerción penal en general. No resulta nada sencillo caracterizar una forma especializada de la misma, cuando el propio concepto general se halla en extremo controvertido. Sin embargo, la controversia no es gratuita, puesto que *del objeto de la coerción penal se deriva su límite* y con ello toda una concepción del derecho, del Estado y, naturalmente, antes que nada, del hombre mismo.

Imposible sería aquí sintetizarla pudiendo sólo resumir nuestro punto de vista, en consonancia con lo que ya hemos dicho respecto de la necesidad misma de la coerción penal (v. cap. II, I).

§ 65. El derecho tiene por función proveer a la *seguridad jurídica*, como todo el orden jurídico. La seguridad jurídica está dada por la garantía de que gozan los habitantes de la Nación, en cuanto a que podrán *disponer* de ciertos entes que son necesarios —en

forma ineludible o en forma eventual— para que cada quien llegue a ser lo que decida ser, es decir, para que cada quien pueda alcanzar su *autorrealización* dentro de la coexistencia humana. Estos entes (la vida, el honor, la libertad sexual, el sentimiento de nacionalidad, la libertad religiosa, el sistema de gobierno) no son bienes jurídicos en sí mismos, sino que los *bienes jurídicos* son las relaciones de disponibilidad —la posibilidad de uso o de aplicación o empleo— que los habitantes pueden hacer de ellos. Así como nadie puede autorrealizarse si se le priva de la vida, del mismo modo requiere que se le respete su sentimiento de nacionalidad —necesario para su identidad humana—, sus convicciones religiosas y también su sistema de gobierno, que le provee de un cierto orden de participación en la cosa pública. Estas relaciones son los *bienes jurídicos*, y cuando las conductas que los afectan —porque los lesionan o los ponen en peligro— son intolerables, porque se considera que el autor revela con ellas una negatividad particular para la forma de coexistencia instrumentada jurídicamente, esas conductas se tipifican, o sea que se señalan en la ley como delictivas, pasando a tener los bienes jurídicos una *tutela penal*, que se expresa con la conminación de la *coerción penal* para tales conductas.

§ 66. El derecho penal, por consiguiente, tutela bienes jurídicos, proveyendo con ello a la seguridad jurídica, mediante la coerción penal. Como ya lo hemos dicho, la coerción penal consiste en una acción resocializadora que se ejerce sobre el autor del delito, puesto que se consideran insuficientes las restantes sanciones jurídicas de carácter reparador. Pero —y he aquí la estructura “circular” del problema penal—, para resocializar a un sujeto hay que privarle de algún bien jurídico (libertad, propiedad o derecho, según la

pena sea privativa de libertad, multa o inhabilitación). Si nos preguntamos en qué medida —hasta dónde— puede privárselo de bienes jurídicos a título de pena, la respuesta parece ser clara: hasta donde sea necesario para resocializarle.

§ 67. Sin embargo, a poco que razonemos, veremos que eso no es posible, porque la seguridad jurídica no consiste simplemente en la garantía de bienes jurídicos, puesto que éste es sólo su aspecto objetivo, sino que también tiene un aspecto subjetivo, que es la certeza que la población tiene de que goza de la disponibilidad de esos entes. Este aspecto subjetivo es el *sentimiento de seguridad jurídica*, que es un sentimiento medio de la población y que está históricoculturalmente condicionado.

Este sentimiento de seguridad jurídica no admite que a una "mechera" de grandes tiendas se la prive de libertad veinte años, aun cuando no pueda resocializársela en forma que respete la propiedad ajena en menos tiempo. Semejante pena afectaría más al sentimiento mismo de seguridad jurídica que la pequeña lesión al derecho de propiedad ajeno (provocaría más alarma social la pena que el delito). Por consiguiente, la pena no puede cuantificarse sólo en base a la necesidad de resocialización.

§ 68. Para obviar este problema se dice que la pena es retributiva y que en la retribución está su medida, pero este argumento no tiene sustento dentro de un pensamiento realista: la retribución por la retribución misma no es más que venganza, capaz de satisfacer el ansia vindicativa primitiva frente al crimen, pero no cumple ninguna función a la luz de la razón. La retribución es racional en las otras ramas del derecho, en que la sanción tiene naturaleza

reparadora, pero jamás en el derecho penal, cuya sanción es resocializadora.

§ 69. Sin embargo, hay alguna relación entre el delito y la pena, aunque para nada juegue allí un papel la "retribución". Acontece que el sentimiento medio de seguridad jurídica debe ser captado y formalizado de alguna manera por la ley para establecer un límite, y esto es lo que hace el art. 41 del C.P., cuando en síntesis, establece que la pena debe adecuarse a la cuantía del injusto y a la de la culpabilidad, admitiendo como correctivo la peligrosidad.

En síntesis, y según nuestro punto de vista, la coerción penal ordinaria tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica (tutela de bienes jurídicos) mediante la resocialización del delincuente, no pudiendo exceder el límite que le impone el propio sentimiento medio de seguridad jurídica, que nuestra ley traduce requiriendo que la cuantía de la pena guarde relación con la del injusto y con la culpabilidad, sin perjuicio de que, dentro de cierto prudente límite, pueda operar la peligrosidad como correctivo.

§ 70. Hecha esta ineludible puntualización, afirmamos ahora que la coerción penal militar no se distingue para nada en su sustancia de la coerción penal general u ordinaria. La mayor gravedad de la coerción penal militar, hemos visto que también responde a un mayor contenido de injusto del hecho o a una mayor culpabilidad del mismo. Veremos más adelante que las disposiciones de los arts. 515 a 522 del C.J.M., no se apartan de este principio cuando se refieren a atenuantes y agravantes. Si, por vía de ejemplo, pensamos en el art. 518, que dispone que en ciertos delitos militares no se tomará en cuenta ninguna circunstancia atenuante cuando se cometan fren-

te al enemigo, veremos claramente que para nada hay que acudir a la tesis de la intimidación para explicarlo, porque es más que evidente que en la guerra y frente al enemigo, el abandono del puesto de centinela o el espionaje tienen consecuencias gravísimas, cuyo contenido de injusto es mucho mayor que fuera de esas circunstancias. La actualidad plena de la necesidad enorme que importa la guerra y la presencia del enemigo, muestra claramente que el grado de peligro o de lesión para los bienes jurídicos es mucho mayor cuando se rehúsa en tal caso a cumplir una orden del superior (insubordinación, art. 667, C.J.M.), que cuando se desobedece expresamente la orden de hacer un "cuerpo a tierra" durante un acto de instrucción. Nada hay de "intimidatorio" en la explicación de estas cuestiones, sino simplemente de grado de afectación: máximo uno, mínimo el otro.

§ 71. Por otra parte, no es válido el argumento de que la pena militar no persigue el propósito resocializador porque no pretende resocializar al sujeto como militar, dado que en la mayoría de los casos la pena militar apareja la destitución como accesoria (arts. 538 y 590, C.J.M.), puesto que el derecho penal común también apareja a veces la inhabilitación especial, eventualmente de por vida, sin que por ello pierda la pena su función resocializadora. No se pretende resocializar al delincuente militar haciendo de él un buen militar, sino un honesto habitante de la República, del mismo modo que cuando se inhabilita a alguien para conducir un vehículo por diez años, no se pretende convertirle en un buen conductor, sino en un correcto habitante que no delinca.

§ 72. Además, de ser cierta la tesis de la intimidación en la pena militar, resultaría más lógico que la

pena fuese más grave para el individuo de tropa que para el oficial, puesto que es quien mayor grado de intimidación requeriría para cumplir con sus deberes militares. Se supone que el individuo de tropa (art. 874, párrafo 3, C.J.M.), generalmente no tiene experiencia grande en la vida castrense, y por ende no está habituado al cumplimiento de esos deberes, en tanto que al suboficial o al oficial resulta mucho más natural el cumplimiento de los mismos, precisamente en razón de su formación profesional y de su vida militar. Por ello, de tener la pena militar una función intimidatoria, sería mucho más coherente agravarla respecto de aquellos a los que hay que intimidar en mayor medida para que no olviden sus deberes. Sin embargo, el C.J.M. es muy claro al respecto de lo contrario, puesto que en su art. 521 dice expresamente que la pena será más grave "cuanto mayor sea la jerarquía del que debe cumplirla", lo que se explica por el mayor contenido injusto de la conducta (mayor peligro de daño o mayor daño para los bienes jurídicos), puesto que no son iguales las consecuencias de la insubordinación de un alto oficial que la de un simple soldado, como también por un mayor grado de culpabilidad, porque se supone que un oficial tiene más plena conciencia del contenido injusto del hecho.

§ 73. Tampoco configura un argumento dogmático en favor de la tesis de la intimidación lo dispuesto en la primera parte del art. 759, C.J.M.: "El militar que en combate o en presencia del enemigo, vuelva la espalda y huya, o haga tales demostraciones de pánico que ponga a las tropas en peligro inminente de contagio, podrá ser muerto en el mismo instante, para castigo de su cobardía y ejemplo de los demás". A partir de la expresión "ejemplo de los demás", se puede

querer fundamentar en la ley la tesis de la función ejemplarizadora, pero se olvida que en este caso la muerte no tiene el carácter de una pena, sino que es una necesidad.

La muerte prevista en el art. 759, C.J.M., no es pena, en principio porque la muerte jamás puede serlo, pero, además, por otras razones que son fundamentales. Ante todo, se hace necesario que el militar huya o haga demostración de pánico, lo que puede generar un desbande o imitación, de modo que la muerte se autoriza para evitar ese efecto inmediato y desastroso. Tan cierto es esto que el C.J.M. no requiere que le dé muerte un superior, sino que puede darse el caso de que sea el inferior quien de muerte al superior en esa circunstancia. De otro modo, por el mero gusto de afirmar gratuitamente la disciplina, no se explica que pueda darse muerte a un militar y menos que el inferior pueda dar muerte al superior, lo que sólo puede tener explicación lógica sobre la base de la necesidad de evitar el fracaso de una operación frente al enemigo, el que puede resultar del pánico generalizado en el personal y para el cual cualquier actitud individual puede servir de detonante.

VI. LA ESPECIALIDAD DE LA COERCIÓN PENAL MILITAR.

§ 74. La coerción penal militar, pese a tener una sustancia común con la coerción penal, presenta sus accidentes propios, que le dan el carácter de una coerción penal especial. *Estas particularidades de la coerción penal militar surgen de que ella responde a las imposiciones de una necesidad tremenda o enorme, en tanto que la coerción penal común es resultado de la necesidad que impone ordinariamente la mera coexistencia.*

Toda vez que esta coerción penal es impuesta por una necesidad enorme, resulta explicable que opere frente a conductas que son inofensivas frente a la necesidad ordinaria de coexistencia, como también que conductas que son asimismo delito por esa necesidad, resulten más graves en atención a la necesidad enorme.

Todo ello hace que el derecho penal militar revista la naturaleza de un *derecho penal especial* y, por cierto, que el más importante de los derechos penales especiales. Así como la coerción penal es lo que distingue al derecho penal del extrapenal, la coerción penal especializada es la que caracteriza la especialidad del derecho penal militar.

De la necesidad enorme o tremenda surge la mayor severidad con que el C.J.M. establece la materia prohibida. Así, es lógico que haya una mayor proliferación de tipos culposos y que hasta en algún caso se equipare el dolo a la culpa (art. 839), como también que se penen conductas en las que se pone groseramente de manifiesto la ineficiencia profesional (arts. 736, 742, 748, 749, 750 y 751, C.J.M.).

Por otra parte, la necesidad enorme o tremenda demanda que el militar tenga valor, por lo que resulta delito la cobardía (arts. 749, 759, 760, 781 y 782, C.J.M.). Además, aumentan la reprochabilidad y el injusto con la jerarquía, aspectos que también se incrementan cuando la necesidad tremenda se vuelve actual, es decir, en tiempo de guerra (arts. 521 y 518, C.J.M.).

La coerción penal militar limita más el arbitrio del hombre que la común, porque se impone en función de una necesidad mayor. Como bien se ha dicho, "el sistema militar limita el libre albedrío del individuo pero no lo anula. En esto no hay más que una sucesión ascendente de etapas en el ejercicio del po-

der de legislación; el derecho administrativo y el laboral limitan más el libre albedrío del individuo que el derecho civil o el comercial; el derecho penal común más que estos últimos, y el derecho penal militar más que el común, siguiendo también el orden ascendente de las categorías de bienes e intereses respectivamente protegidos" (Colombo, p. 80).

Esto no puede entenderse, claro está, en el sentido de que el C.J.M. exija lo imposible y con ello quiebre las estructuras lógico-objetivas insoslayables a la hora de legislar. El propio C.J.M. se encarga de poner muchas veces como límite de lo injusto "pudiendo hacerlo" (arts. 775, 787, 798, etc.).

VII. PRECISIÓN DEL CONCEPTO DEL DERECHO PENAL MILITAR COMO DERECHO PENAL ESPECIAL.

§ 75. Admitir que el derecho penal militar sea un derecho penal especial de gran importancia es una cosa, pero de ahí no puede seguirse que constituya un sector independiente del ordenamiento jurídico, toda vez que posee una insoslayable filiación respecto del derecho penal común; el C.J.M. siendo código militar no deja de ser (y en primer lugar) código penal, por lo que sus normas han de remitirse necesariamente a las de la ley penal común, sin perjuicio de sus particularismos (Cavallero, p. 598).

El carácter de derecho criminal especial de nuestra disciplina ha sido señalado por la doctrina específica de varios países. Así, por ejemplo, en Alemania se dice que el derecho penal militar es una parte del derecho penal, vale decir aquella parte del ordenamiento jurídico, que a causa de un proceder contra las fuer-

zas armadas, impone, como consecuencia del injusto, penas y medidas de seguridad (Ardnt, p. 18).

También la doctrina penal común mantiene de mentado carácter. Al decir de Maurach "recibe el nombre de derecho penal común, el conjunto de normas jurídicas penales aplicables, en tanto no se ordene lo contrario, a los hechos punibles de todos los sometidos al poder punitivo nacional. Tan solo se someten, por el contrario, al derecho penal especial, determinadas categorías de personas, por regla general, aquellas que tienen un cualificado deber de fidelidad respecto del Estado. El derecho penal especial dotado de mayor importancia práctica, está constituido por el derecho penal militar" (Maurach-Zipf, p. 114). Schimidhäuser (ps. 297 y 298) dice también que es un derecho penal especial que se dirige a un determinado grupo de autores, a una peculiar forma de acciones y a ambos a la vez, pasando luego a estudiar los particularismos que presenta la ley penal militar respecto de la común.

También se reconoce así en Italia y España, donde se le asigna carácter de derecho penal especial, que por tratarse de un "jus singulare" debe prevalecer sobre la ley común en caso de conflicto (cfr. Lo Cascio, p. 11; Núñez Barbero).

§ 76. Conforme al señalado criterio —que es el más difundido en la doctrina extranjera y respecto del cual no hallamos razones dogmáticas de peso para rechazarlo en la nuestra—, entendemos que el derecho penal militar es especial (respecto del derecho penal común) en tres sentidos diferentes:

1) Creemos que el derecho penal militar es derecho penal especial como derecho que se encuentra extraños del derecho común y como ley complementaria, es decir, que sin estar contenida en el C.P., lo in-

tegra por regirse por sus principios y, a la vez, lo modifica a favor de sus propios particularismos. Éllo surge de la genérica disposición del art. 510 del C.J.M., que pone de relieve el reenvío a la parte general del C.P. (v. Rodríguez Devesa, p. 30).

2) También es derecho penal especial, si nos atenemos al criterio de que el derecho penal común y el derecho penal especial se distinguen según se apliquen a todos los individuos sometidos al poder punitivo nacional o a un círculo determinado de personas, atento a las particulares condiciones jurídicas en que se encuentran.

Pues bien, el derecho penal militar tiene como característica que no todos los individuos resultan destinatarios de sus normas (como en el derecho penal ordinario) sino que se dirige a una serie cerrada de autores: obviamente quienes tienen estado militar.

Así concebido, el derecho penal militar reconoce alta importancia al deber de fidelidad que vincula a los militares con las fuerzas armadas, constituyendo el delito militar, en primer término, infracción a ese deber, quedando claro también que el reconocimiento de que el delito militar conlleva una violación al deber castrense, no significa asignarle carácter disciplinario, ni mucho menos despreciar la importancia que para caracterizarlo tiene la calidad militar de los bienes jurídicos que tutela.

3) Finalmente, nuestra materia es derecho penal especial en el sentido en que es especial aquella ley que constituye la especie del "genus" (ley general) y, en este aspecto, vale la caracterización del derecho penal militar como portador de elementos especificadores en relación con las normas de derecho penal común.

Es correcto afirmar, a modo de síntesis, que el derecho penal militar es "una ley especial complementaria *sui generis*", que se destaca, sin duda, de las

demás leyes especiales no sólo por su carácter permanente, sino por estar codificada, y también por el particular ordenamiento judicial que corresponde a la especialidad de su materia" (Núñez Barbero, p. 734).

§ 77. Cabe aclarar que *hablar de un derecho penal especial no significa referirse a un "jus singulare" en el sentido del derecho romano*, pues para el derecho romano el *jus singulare* era el que se reservaba para una cierta clase de personas, sea para beneficiarlas (*beneficium*) o para perjudicarlas —caso de los herejes y judíos en el derecho español— apartándolas de la regla general (cfr. Savigny, I, p. 31). Hemos visto claramente que el derecho penal militar no sustrae a los militares del derecho penal común, por ser militares, sino por violar deberes militares. La circunstancia de que también abarque casos en que además de los bienes jurídicos que hacen a la defensa nacional se lesionen otros bienes jurídicos, no convierte al derecho penal militar —que es un derecho penal especial— en *jus singulare* en sentido romano, puesto que los militares que incurren en delitos comunes que no afectan a la defensa nacional, no sólo quedan fuera del derecho penal militar, sino incluso fuera del derecho penal de jurisdicción militar, cayendo bajo el imperio del derecho penal común y aplicable por los tribunales civiles.

§ 78. La mayor dificultad que se ha presentado en torno a la idea de "especialidad" del derecho penal militar, es que la misma se ha confundido con la supuesta "autonomía" del mismo, que otros han llamado "sustantividad" (sostenida por Pietro Vico, p. 4, Ricardo Calderón Serrano, p. 27; Octavio Vejar Vázquez; etc.). Para esta teoría, el derecho penal militar

es un derecho penal por completo independiente del derecho penal común, tesis que básicamente se ha fundado en la quiebra del principio de legalidad que importan los bandos, en la supuesta innecesariedad de la voluntad que se sostiene en el delito de dormición del centinela y en el fin intimidatorio de la pena (así, Bernardi), a lo que suele añadirse que incrimina hechos que no están contemplados en la ley penal común, como la cobardía, la automutilación, etc.

§ 79. En verdad nos parece que esta pretendida autonomía del derecho penal militar se ha tratado de fundamentar en bastante poca cosa. Bueno fuera que un derecho penal especial no contuviera nuevas figuras de delitos o que, no consagrara algún principio ligeramente distinto al común. De no ser así, no tendría sentido alguno su consideración como derecho penal especial. Ya veremos en particular el problema del delito de dormición de centinela, en que no es dable exagerar el objetivismo, como también la cuestión de los bandos, que trataremos en el capítulo siguiente. En cuanto al fin intimidatorio de la pena, ya hemos visto que tal afirmación es falsa.

Por consiguiente, no debe confundirse la especialidad del derecho penal militar con su "autonomía", lo que ocurre cuando se afirma indistintamente que "autonomía, en la materia que consideramos, debe, pues, traducirse por sustantividad, especialidad o especificidad del derecho penal militar" (así, Colombo, *Sustantividad*, p. 5).

§ 80. Claro está que el derecho se presenta al dogmático como dividido en ramas, y que la tendencia contemporánea sin duda apunta a la admisión de un número cada vez mayor de ramas dotadas de cierta autonomía. Tal tendencia tiene origen en la creciente

complejidad de los intereses que el orden jurídico debe tutelar, lo que determina que el legislador sancione regulaciones legales cada vez más especializadas y prolijas, de ordinario en cuerpos legales independientes.

Se trata, si se quiere, de una autonomía legislativa, que puede incluso conllevar a una autonomía jurisdiccional. Tal ha ocurrido con el derecho comercial, de minería, del trabajo, y en materia penal, con el derecho penal contravencional, económico, etc., y mucho antes, con el derecho penal militar.

Más tarde, esa especialización legislativa puede acarrear una proliferación de cátedras y bibliografía, ámbito didáctico-docente que a veces va más allá de las grandes ramas legislativas, como ocurre con el derecho marítimo o con el aeronáutico, y en el campo penal con el derecho penal económico. Pero una cosa es la autonomía docente y judicial, y otra, por entero diferente, es la autonomía científica, pues la verdadera cuestión surge cuando se trata de establecer la relación entre las nuevas ramas jurídicas, ya sea entre sí, ya sea con respecto a los troncos de los cuales se han desgajado. Este es el verdadero ámbito de la autonomía, que trata de la autonomía científica, en el cual es menester que una rama jurídica posea principios originales, que posibiliten un sistema dogmáticamente cerrado y completo, en que se torne innecesaria la recurrencia a los principios de otra rama del derecho, para que pueda blasonar de autónoma. En lugar, si los principios que exhibe una tal rama aparecen sólo como excepciones, derogaciones o especificaciones de los de otra disciplina, a la que se recurre además para la solución de los casos no previstos, estaremos únicamente en presencia de un derecho especial respecto de una rama científica general.

En cuanto a la voz "sustantividad", que tanto se ha usado en este punto en el derecho penal mili-

tar, significa "que tiene existencia real, independiente, individual", pudiendo entonces asimilarse a autonomía, que es la "condición del individuo o entidad que de nadie depende en ciertos conceptos", o bien la "libertad e independencia de cualquier entidad o individuo".

§ 81. Si planteamos la cuestión en estos términos —que son los verdaderos—, resultará que para satisfacer la pretensión autonomista, el derecho penal militar debería disponer de una construcción dogmática autosuficiente, que hiciese innecesario recurrir a los principios del derecho penal común. Sólo en ese caso se hallaría una diferencia sustantiva entre el derecho penal común y el militar y, por ende, también entre el injusto criminal y el injusto penal militar.

En nuestro derecho penal castrense nada de esto ocurre, toda vez que el propio C.J.M. se encarga de hacer suya toda la parte general de nuestro derecho penal común a través de la disposición del art. 510: "Las disposiciones del Libro I del Código Penal serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones de este Código". Esta norma, por otra parte, concuerda con la del art. 4 del Código Penal. No puede haber un reconocimiento más categórico de que el derecho penal militar es un derecho penal especial, pero que carece de sustantividad o autonomía, que el texto mismo del mencionado art. 510.

Nuestro C.J.M. es de los que pueden llamarse complementarios del C.P., al igual que el C.J.M. italiano y la Ley alemana de 1957. En lugar, el C.J.M. español es un código integral (*jus separatum*) que no efectúa remisión alguna al derecho penal común. Podría aducirse que la tesis de la autonomía no tiene

viabilidad dogmática en los códigos complementarios en tanto que la tiene en los códigos integrales. Empero, la moderna doctrina española, aun con un código integral, poniendo el acento en que el C.J.M. repite en sustancia los principios fundamentales del C.P. común, le niega autonomía al D.P.M. (así, Núñez Barbero, ps. 720 y 722), lo que pone en evidencia que no se trata de un problema de autonomía legislativa sino de autonomía científica, y que aun estando presente aquélla puede faltar ésta. No es cuestión de continente, sino de contenido.

§ 82. La tesis correcta es la que sostiene que el derecho penal militar "no constituye por el hecho de su especialidad un sector independiente de la legislación en general, como acaece por el contrario con las leyes civiles, mercantiles o administrativas, sino que viene a constituir una parte, una derivación, una filiación de la ley penal general. El fundamento de la especialidad no radica por tanto, en los principios que son los mismos del derecho penal común sino en las peculiaridades del derecho penal militar, que nacen de las finalidades que el ordenamiento jurídico adscribe a las fuerzas armadas" (Núñez Barbero, p. 721).

§ 83. Por otra parte, la tesis autonómica, conduciría a la escisión de lo injusto criminal en tantas clases como órdenes o categorías de bienes jurídicos quiera tutelar. El derecho penal quedaría pulverizado con semejante criterio, particularmente si tenemos en cuenta que no es constitutivo sino sólo sancionador, es decir, que no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar algunas afectaciones a relaciones que ya el resto del orden jurídico ha elevado a la categoría de bienes jurídicos.

§ 84. De allí que consideramos un grave error pretender desplazar el centro de gravedad de la identificación del derecho penal militar hacia el bien jurídico tutelado, dejando marginado el criterio correcto del deber del sujeto activo. Por otra parte, la caracterización del derecho penal militar en función de los bienes jurídicos que tutela, carece de fundamento dogmático en nuestro derecho positivo, porque en el C.P. hay muchos tipos que tutelan los mismos bienes jurídicos y que, incuestionablemente, pertenecen al derecho penal común (arts. 219 a 225, C.P., por ejemplo).

VIII. SU COORDINACIÓN CON EL DERECHO PENAL COMÚN.

§ 85. Uno de los más serios problemas que presenta el derecho penal militar es su adecuada coordinación con el común, dado que se trata de la relación entre un derecho penal especial y el ordinario, que se ve notoriamente dificultada por un serio defecto de nuestra legislación positiva, que tipifica como delitos militares algunas conductas que están también tipificadas en el C.P., incurriendo en una duplicidad que no sólo es innecesaria, sino que puede dar lugar a distintas dificultades interpretativas. Para obviar este problema, bastaría con acudir al principio de especialidad, que en los casos de doble tipificación impondría la aplicación de la disposición penal militar cuando, por supuesto, de militares se tratase. Tales supuestos de doble tipificación los hallamos, por ejemplo, en la traición (arts. 214, C.P., y 621, C.J.M.), en la rebelión (arts. 226, C.P., y 642, C.J.M.), o en la malversación (arts. 260, C.P., y 850, C.J.M.). Sin embargo, el C.J.M. resuelve la cuestión en función

de un principio distinto, derivado de la mayor gravedad de la infracción militar, y que constituye un principio que se agrega a los comunes del concurso aparente de leyes o de tipos penales, consagrado en el art. 870, del C.J.M., cuyo segundo párrafo dispone: "Cuando un mismo delito estuviere previsto, a la vez, por este Código y por el Código Penal, o por las leyes especiales de la Nación, y fuere sancionado con distintas penas, los tribunales militares aplicarán las disposiciones legales que impongan la pena mayor o más grave".

Nos ocuparemos en su oportunidad, es decir, al tratar del concurso aparente, de este principio, que podemos llamar de la *alternatividad más gravosa*.

§ 86. Superada esta dificultad, que es el resultado de un error de técnica legislativa que obliga a reincorporar a la teoría el principio de alternatividad (que, con razón se ha dicho que únicamente responde a errores legislativos), el principal problema, que es precisamente el que aquí nos interesa, es el de la *coordinación científica* de ambas disciplinas, es decir, como se opera la relación de especialidad que la ciencia del derecho penal militar guarda respecto de la ciencia del derecho penal común. Se ha observado con razón que esta compaginación científica no siempre se ha hecho de modo fecundo y adecuado a criterios racionales, lo que se atribuye al "olvido de que ha sido objeto el derecho penal militar, durante bastante tiempo, en que ha estado desarraigado del tronco vivo de la experiencia y de la ciencia jurídico-penal" (así, Vendifitti, p. 34).

Por cierto que como consecuencia de la indiscutible filiación que tiene el derecho penal militar respecto del derecho penal común, en el primero han de interpretarse y aplicarse, en principio, del mismo mo-

do, los conceptos de la parte general del segundo (cfr. Ardent, p. 37), pero en determinados aspectos se imponen variaciones respecto de la dogmática penal común. Y acá está el meollo de la cuestión: determinar si tales variaciones se derivan de la necesidad tremenda que fundamenta la existencia del derecho penal militar y si, en consecuencia sirven a la misión tan especial que el ordenamiento jurídico impone a las fuerzas armadas, a la mantención de su mayor eficacia como garantes del potencial bélico de la Nación, o si tan sólo se trata de criterios arcaicos, es decir de postulados que se han conservado al margen del desarrollo de la moderna dogmática penal, amparados en el aislamiento científico del derecho penal militar.

§ 87. Este problema puede plantearse tanto de "leye lata" como de "leye ferenda". La cuestión de "leye ferenda" escapa al tratamiento científico, o sea, dogmático, por lo que no nos ocuparemos de ella. Sólo apuntaremos aquí que nuestro derecho penal militar se desarrolló en relativa desconexión con la legislación penal ordinaria, lo que nos acarreará no pocas dificultades dogmáticas. Hemos visto que el Código Bustillo es anterior al C.P. de 1921, y el actual C.J.M., de 1951 (ley 14.029), sigue los lineamientos del Código Bustillo, pese al mayor acercamiento al derecho penal común que procuró Sacheri. Así, el codificador de 1951 reconoció en la Exposición de Motivos que "el Código actualmente vigente ha demostrado en sus cincuenta años de vigencia ser un instrumento legal de excelentes condiciones" y, por lo tanto, hizo de él el punto de partida para la redacción del nuevo proyecto en el que mantuvo la estructura fundamental del Código Bustillo. "Por ello, las reformas que ahora se introducen —decía— y las innovaciones intercaladas, que son muchas por cierto, no son sino la actuali-

zación de aquél con las conquistas jurídicas de una nueva época".

A diferencia del viejo Código Penal de la Marina de Guerra español de 1882, el Código Bustillo, siguiendo al Código de Justicia Militar español de 1890, que en su art. 172, segundo párrafo, hacía una remisión a las "causas de exención de responsabilidad criminal" del Código Penal común, establecía también una remisión —incluso más amplia que la española— al Código Penal "ordinario" (art. 505), que reproduce el art. 510 del Código Sacheri, con la única diferencia de suprimir la palabra "ordinario": "Las disposiciones del libro I del Código Penal, serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente Código".

Si comparamos nuestro texto con el viejo Código español de 1890, veremos que es mucho más amplio en cuanto a la remisión: "apreciarán como causas de exención de responsabilidad criminal —decía aquél— las que, en cada caso juzguen pertinentes del Código Penal ordinario". Bustillo fue desde el comienzo más generoso en cuanto al vínculo legislativo por remisión: remitió a todas las disposiciones del libro I del C.P., y no sólo a las que hacen referencia a las causas de exención de responsabilidad criminal.

No obstante, hay detrás de esa remisión tan amplia un problema interpretativo general y una serie de problemas científicos.

§ 88. El problema interpretativo general consiste en que la remisión del Código Sacheri es al texto del C.P. según la sanción de 1921, que permanecía prácticamente inalterada en 1951. En la actualidad, ese texto ha sufrido varias modificaciones, lo que puede generar la duda acerca del alcance de la remi-

sión. Si considerásemos que el derecho penal militar es autónomo, se impondría entender que la remisión mantiene vigente el texto de 1921 tal cual regía en 1951, como también que la remisión del Código Bustillo al texto del C.P. de 1886 habría mantenido sus disposiciones vigentes dentro del C.J.M. hasta 1951; empero, dado que no lo consideramos autónomo sino especial, entendemos que la remisión es siempre a la parte general del Código Penal que se halla vigente en el momento de la comisión del hecho, es decir, que el art. 510 remite al libro I del C.P., tal como rige en la actualidad..

§ 89. Por otra parte, la consecuencia de la consideración especial y no autónoma del derecho penal militar, nos lleva a la evidencia científica de que el contenido mismo del derecho penal militar ha variado sustancialmente a lo largo de su historia, pese a que la legislación penal castrense no se haya alterado formalmente en mucho, dada la continuidad estructural del Código Sacheri con el de Bustillo.

Desde 1898 —en que se sancionó el Código Bustillo— hasta hoy, nuestra legislación penal militar se ha integrado de la siguiente manera, prescindiendo de las reformas de menor importancia :

1) Desde 1898 hasta 1903	con el C. Bustillo	y los principios generales aplicables del C.P. de 1886.
2) Desde 1903 hasta 1905	con el C. Bustillo	y los principios generales aplicables del C.P. de 1886 reformados por la ley 4189.

3) Desde 1905 hasta 1921	con el C. Bustillo reformado en 1905	y los principios generales aplicables del C.P. de 1886 reformados por la ley 4189.
4) Desde 1921 hasta 1951	con el C. Bustillo reformado en 1905	y los principios generales del C.P. de 1921.
5) Desde 1951 hasta 1968	con el C. Sacheri	y los principios generales del C.P. de 1921.
6) Desde 1968 hasta 1973	con el C. Sacheri	y los principios generales del C.P. de 1921 reformado por la ley 17.567.
7) Desde 1973 hasta 1976	con el C. Sacheri	y los principios generales del C.P. de 1921 originales.
8) Desde 1976 hasta la fecha	con el C. Sacheri	y los principios generales del C.P. de 1921 con las reformas de ley 21.338.

Esta simple enumeración pasa por alto reformas menores —aunque no por ello sin importancia— como la de la reciente ley 21.931 para la hora de la liberación de condenados a penas privativas de libertad, que modifica el art. 77 del C.P. y es aplicable al ámbito castrense. Además, bueno es recordar que el Código Bustillo encuadró en un orden jurídico coronado por la Constitución de 1853, salvo en sus dos últimos años de vigencia, en tanto que el C. Sacheri lo hace en

uno que está coronado por la C.N. de 1949, a cuyo amparo —y dada la ya criticada formulación de la misma sobre la amplitud de la materia penal militar— se llegó a sancionar un “Código de Justicia Policial” afortunadamente derogado, que era un engendro teratológico para el derecho argentino; pero desde 1956 el C. Sacheri sigue rigiendo, con sus sucesivas reformas que no alteran su estructura, con la vigencia —más o menos accidentada— de la Constitución de 1853.

§ 90. Este enunciado no tiene otro objeto que poner de manifiesto las enormes dificultades dogmáticas que debe enfrentar cualquier ensayo de ensamble constructivo para la interpretación racional y teórica de nuestro derecho penal militar, producto de marchas y contramarchas legislativas y políticas, que refleja, como consecuencia de la remisión a los principios generales del C.P., la carencia de una línea coherente de política penal que viene padeciendo nuestro país desde hace varias décadas y que se traduce en reformas y contrareformas libradas al criterio de misteriosos áulicos de los distintos gobiernos, hechas sin atención alguna a la legislación comparada, a la adecuación racional de los fines perseguidos, ni a la ineludible meditación y debate, sin los cuales cualquier reforma penal —dada la complejidad actual de la materia— resulta una obra individual y, por consiguiente, imperfecta.

§ 91. *En cuanto a los problemas científicos*, la cuestión estriba: 1) en establecer cuándo la “naturaleza” de los delitos militares permite la aplicación de las disposiciones del libro I del C.P.; 2) cuáles son las disposiciones del C.J.M. que se oponen a las del libro I del C.P.; 3) en qué medida dichas prescripciones excluyen las del libro I del C.P..

puesto que la oposición puede consistir en una modificación parcial o una regulación por entero diferente de alguna materia. El esclarecimiento de estos tres puntos medulares es el núcleo de la labor dogmática que debe hacerse sobre nuestro derecho penal militar y, por consiguiente, el objeto fundamental que se considera en este trabajo.

IX. EL DERECHO PENAL MILITAR EN TIEMPO DE PAZ Y EN TIEMPO DE GUERRA.

§ 92. En ciertas legislaciones se distingue con total nitidez el derecho penal militar para tiempo de paz y de guerra. Así, la legislación penal militar italiana puesta en vigencia por el fascismo el 1 de octubre de 1941, aparece escindida en un “Codice Penale Militare di Pace” y un “Codice Penale Militare di Guerra”, y también en nuestro país, en 1946, se designó una Comisión Especial que elaboró un “Anteproyecto de Código de Justicia Militar para Tiempo de Paz”. En nuestra legislación penal militar positiva no ha prosperado esta escisión tajante, lo que da lugar a que ambas situaciones se regulen en un mismo cuerpo legislativo.

Es natural que la guerra determine nuevas o diferentes circunstancias que, de alguna manera, deben traducirse en el derecho penal militar, puesto que —como ya hemos dicho— una es la situación en que la necesidad tremenda opera como mera amenaza y la organización armada funciona sólo en forma preventiva, en tanto que otra es la que ofrece la presencia o actualidad de la necesidad enorme. No obstante, esto no traduce una dicotomía ni mucho menos una solución de continuidad en el derecho penal militar, sino que la guerra es una circunstancia que da vida a tipos

penales circunstanciados en razón de la situación y que cobra relevancia en los ámbitos de la antijuridicidad y de la culpabilidad, como resultado inevitable de la mayor intensidad de la necesidad, provocada por la inminencia del peligro.

§ 93. Se ha sostenido que el derecho penal militar de guerra implica una "especialidad de segundo grado", puesto que la ley penal militar de guerra puede considerarse de algún modo, especial respecto de la ley penal militar para la paz, porque no sólo constituye una especialización de la disciplina jurídica prevista en la norma general, sino una interrupción de la consecuencia lógica respecto de las normas penales comunes y de las normas penales militares de paz (Núñez Barbero, p. 724).

Creemos que esta pretensión de "segunda especialización", que en definitiva es lo que recepta la tesis de la bifurcación legislativa, configura un equívoco que es menester precisar, rechazando la tesis de que el derecho penal militar se convierte en tiempo de guerra en un derecho penal "de excepción". La guerra es una situación "de excepción", es decir, una circunstancia que no es la normal, pero de allí no puede seguirse sin más que el derecho penal que rige en su trámite también lo sea. Para aclarar esto hay que precisar antes qué alcance se le otorga a la voz "excepción".

§ 94. "Excepción" es un concepto relativo, puesto que siempre está referido a una norma. Si la norma es la paz y la guerra es la excepción, esta última es una circunstancia excepcional. No obstante, son muchos los tipos penales que están circunstanciados en función de situaciones excepcionales y a nadie se le ocurre que puedan dar lugar a un derecho

penal calificable de "excepcional" (piénsese en el hurto calamitoso o en la violación de las medidas sanitarias dispuestas para impedir la propagación de una epidemia).⁷ Sin duda que esas circunstancias excepcionales pueden presentarse en forma más o menos graves (el estrago o la conmoción pública pueden tener magnitudes distintas; la epidemia puede estar extendida en distintos ámbitos y la enfermedad epidémica puede ser más o menos grave para la salud o la vida), lo que también tendrá su influencia en la antijuridicidad y la culpabilidad a considerar en el art. 41 del C.P. Dentro del ámbito del derecho penal especial —que es el derecho penal militar—, la guerra no opera de otro efecto que el de esas circunstancias en el derecho penal común. De allí que esa circunstanciación "de excepción" no funde un derecho "de excepción", ni tampoco un nuevo derecho penal "especial", porque *no hay ninguna solución de continuidad*, es decir, ninguna alteración *cualitativa* de principios generales, sino sólo una particularidad *cuantitativa* que es el resultado lógico del funcionamiento de los principios generales en una especial circunstancia.

Parece contradictorio afirmar que hay disposiciones jurídicas que rigen en situaciones de excepción, pero que no configuran un derecho "de excepción". Sin embargo, esta aparente contradicción desaparece en cuanto precisamos de qué estamos hablando. La guerra es una situación "excepcional" desde un punto de vista estadístico-sociológico, en tanto que un "derecho de excepción" desde un punto de vista jurídico, no es el que rige en una situación socialmente excepcional, sino el que configura una excepción a los principios generales del derecho. Desde este punto de vista, resultará claro que el derecho penal militar, sea de paz o de guerra, modifica o comple-

menta los principios generales del derecho penal, pero en modo alguno constituye una verdadera excepción al mismo.

§ 95. En síntesis, hay tipos del derecho penal militar que son circunstanciados incluso en el mismo tipo básico, en que se comina la cobardía (arts. 749 y 759, C.J.M.), la falta de pericia (art. 736, C.J.M.), o rendirse sin haber agotado las municiones o perdido los dos tercios de los efectivos a sus órdenes (art. 751, C.J.M.), del mismo modo que también los hay en el C.P. común (arts. 214 a 218, 220, C.P.). Por otra parte, hay tipos que se califican de agravación al circunstanciarse por la guerra, v. gr. el delito de irrespetuosidad amenaza con prisión al militar que, en actos del servicio de armas o con ocasión de los mismos, o en presencia de tropa formada agravare, amenazare, injuriare o de cualquier otro modo faltare el respeto debido al superior, con palabras, escritos, dibujos o procederes inconvenientes, según dispone el art. 663 del C.J.M.; tal lo vigente para el caso de paz, porque la parte final del artículo expresa: "En tiempo de guerra frente al enemigo, la pena será de muerte o reclusión". Del mismo modo, ya vimos la regla general del art. 518, C.J.M., que establece que frente al enemigo no se tendrá en consideración circunstancia alguna atenuante, en los casos de traición, espionaje, rebelión, deserción, vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad, insubordinación y abandono del puesto del centinela, y también que son agravantes propios del tiempo de guerra los de los incs. 3 y 8 del art. 519 y atenuante el del inc. 1 del art. 515. Pero todo esto no es más que la consecuencia lógica de la misma necesidad enorme, que en tiempo de paz es potencial y en tiempo de guerra es actual, lo que en modo alguno autoriza a afirmar que esa ac-

tualidad sea una "excepción jurídica" —dado que es el resultado de dos momentos de una misma necesidad—, por más que sea una excepción social (estadística).

El derecho penal militar no es un derecho excepcional, puesto que no renuncia a los principios generales del derecho y ni siquiera a los principios generales del derecho penal, aun cuando se dé la circunstancia misma de la guerra, sino que los adecúa a la necesidad terrible que ella importa.

Veremos en el capítulo siguiente que hay un *derecho penal militar de excepción*, que cabe denominar así por la circunstancia excepcionalísima en que surge, vale decir, desde el ángulo estadístico o social, pero que incluso desde el punto de vista jurídico, ni siquiera a este *derecho de necesidad terrible* puede llamársele "de excepción", porque se sigue rigiendo por los principios generales del derecho como orden coactivo destinado a posibilitar la coexistencia humana.

Capítulo III

EL DERECHO PENAL MILITAR DE EXCEPCIÓN

I. LA NECESIDAD ENORME Y LA NECESIDAD TERRIBILÍSIMA.

§ 96. La guerra da lugar a una necesidad enorme o terrible. No en vano decía Kant que no es más que "el triste medio necesario en el estado de naturaleza", es decir, en el campo en que ya no hay derecho. De allí que, según el mismo Kant, fuese "la fuente de todos los males y perversiones", "la destrucción de todos los bienes, el máximo impedimento de cualquier moral". Esto, que se decía en el siglo XVIII, puede repetirse con mucha mayor razón en el nuestro, frente al peligro de la devastación atómica, y, en general, de la guerra "A.B.C." (atómica, química, bacteriológica) (v. Jiménez Asenjo). Se invoca la necesidad para agredir, para matar inocentes, para masacrar neutrales, se llama necesidad o defensa necesaria a lo que es agresión pura y simple, y dentro de esas "necesidades" —o como consecuencia de ellas— surgen otras situaciones de "necesidad" más concretas y reducidas, en las que la mera invocación de la necesidad todo quiere purificarlo, bajo el manto del viejo adagio "la necesidad no conoce ley".

El 4 de agosto de 1914, von Bethmann-Hollweg, canciller del Imperio Alemán, declaraba al mundo

que Alemania se encontraba en un "estado de necesidad" que "no reconocía ley" y, por ende, invadía Bélgica, y preguntaba al embajador inglés si Gran Bretaña declaraba la guerra "sólo por un pedazo de papel", que era la integridad belga pactada en 1839 y ratificada en 1870. Los belgas sólo pudieron defender su neutralidad catorce días. El canciller alemán reconocía con ello que violaba el derecho internacional, pero seguía invocando la necesidad: "cuando un hombre se encuentra amenazado, como nos encontramos, y su existencia entera está en peligro, sólo puede pensar en el modo de salir del aprieto". El 7 de mayo de 1915, el mismo argumento de la necesidad quiso encubrir el pavoroso crimen que implicó el hundimiento del vapor "Lusitania" y la enorme pérdida de vidas de pasajeros inocentes. La necesidad también cubría la orden del presidente Truman, del 3 de agosto de 1945, por la que tres días después se calcinaba Hiroshima.

Sabido es que la legítima defensa y el estado de necesidad hallan un común fundamento en la necesidad, y que en tanto que el estado de necesidad se basa en la existencia de ésta como requisito para salvar un bien mayor, la defensa es legítima cuando es necesaria para no soportar la injusticia. Sin embargo, y tal como nuestro C.P. lo hace, esa necesidad legítima sólo cuando es "racional", es decir, siempre que la enormidad de la lesión que es necesario inferir para no sufrir una injusticia, no sea de tal magnitud que la conducta resulte repugnante a la dignidad humana. Este principio debió trasladarse a la guerra, dada la variable actual de la guerra total. En tales términos se expresó Pío XII en 1954: "No basta tener que defenderte contra cualquier injusticia para utilizar el medio violento de la guerra. Cuando los daños que entraña no son comparables a la

injusticia tolerada, *puede haber obligación de sufrir la injusticia*. Lo que acabamos de exponer vale en primer término, para la guerra A.B.C." (cit. por Jiménez Asenjo, p. 68).

Esto, que rige para la necesidad de la guerra misma, también tiene vigencia para las necesidades que la guerra genera, porque no puede admitirse que el orden jurídico desaparezca, dando lugar a un caos, es decir, a un imperio ilimitado, discrecional y arbitrario de la fuerza, por la mera circunstancia de que la Nación se halle en guerra. La guerra, como situación socialmente excepcional, da lugar a que los principios jurídicos que rigen nuestras instituciones, se adecúen al estado de necesidad tremenda, pero en modo alguno permite que esos principios desaparezcan, porque si el orden jurídico previese la cancelación de su propios principios, no estaría cometiendo sino un suicidio inexplicable a la luz de cualquier razón.

§ 97. El derecho es un orden dispuesto para evitar el caos, que no es un simple desorden, sino que constituye el imperio de la fuerza al margen de toda razón. Nadie duda de que la guerra genera una situación de necesidad, pero tampoco puede dudarse de que una situación de necesidad sólo da lugar a que los resortes jurídicos se ajusten a ella, pero nunca puede de hacer que éstos salten hechos trizas y con ello que se opere la desaparición del derecho y se entromice el caos.

Creemos que resulta erróneo afirmar —como alguna vez lo ha hecho nuestra C.S.J.N.— que hay "poderes de guerra" que son "forzosamente anteriores y, que llegado el caso, aun mismo superiores a la propia Constitución" (cit. por Colombo, *Susceptibilidad*, p. 19). Es, en lugar, correcto decir que la legislación penal militar se caracteriza por su "adaptabilidad a las

exigencias de la situación" (cfr. Colombo, lug. cit.), pero esa adaptabilidad sólo puede tener lugar dentro del marco del orden jurídico encabezado por la C.N. No hay contrasentido mayor que afirmar que el derecho penal militar constituye "la excepción del derecho" (expresión que recuerda Risso Domínguez). Lamentablemente, tan incoherente y objetable afirmación fue recogida en mayor o menor medida por nuestros tribunales. Así, la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital, en sentencia del 24 de setiembre de 1926, dijo que se trata de una legislación de excepción regida por leyes especiales y que el poder militar "es de excepción al derecho común" (cit. por Risso Domínguez, *Información*, p. 86). Y la C.S.J.N. dijo que "está fundado en la necesidad de colocar al Ejército y Armada en una situación diferente de las demás partes del mecanismo gubernamental, ya por su composición, ya por las leyes que deben gobernarle" y recordó que en la Convención de Buenos Aires de 1860, se hizo notar, por los miembros de la comisión redactora de las reformas, la especialidad de la legislación militar y de la penalidad por ella impuesta, definiéndose al derecho militar como la "excepción al derecho" ("Fallos 101:354").

§ 98. El malentendido que tiene lugar en torno del derecho penal militar arranca con el disciplinarismo que inspiró al propio Bustillo y según el cual parecía que "la necesidad no conoce ley", y que en todo el derecho penal militar los derechos individuales "no pueden entrar sino como propósito secundario", llegando a afirmar que la institución castrense está sostenida por la necesidad y "no encuadra bien en la Constitución" (*Informaciones, tratado I y II*; las opiniones correctas, en sentido contrario, en Martínez Muñoz, ps. 181 y 182).

¿Puede haber una ley que forme parte del orden jurídico, y que a la vez sea una excepción al mismo? ¿Puede haber "poderes" en sentido jurídico que no formen parte del derecho? ¿Quién puede explicar que una ley sea una excepción al derecho? Si bien la guerra es una circunstancia socialmente excepcional, ello no importa en modo alguno que sea una excepción al derecho la legislación nacional que prevé las consecuencias jurídicas inferidas de ese evento. No hay más que dos alternativas: derecho o caos. Si la guerra es una circunstancia que da lugar a que el derecho interno se "excepcione" por vía de una legislación o de unos "poderes de guerra", ello implica que la guerra da lugar a que internamente el orden jurídico quede reemplazado por el caos. Si, por otra parte, se pretende reconocerle *status jurídico* al caos, el derecho procedería como quien serrucha la rama sobre la cual está sentado.

La guerra es el fracaso del derecho, sin duda, pero es el fracaso del derecho internacional, o sea, la impotencia del mismo para frenar al jinete apocalíptico, pero a nadie se le puede ocurrir que internamente, cuando precisamente más orden racional es necesario para enfrentar la necesidad terrible, el derecho "se excepcione" y el caos internacional se traduzca en un simultáneo caos interno. No nos cansaremos de insistir en que el derecho penal militar en tiempo de guerra, no es ninguna excepción al derecho, sino sólo una adaptación de los principios jurídico-penales a una circunstancia de necesidad terrible o enorme.

§ 99. Para el orden jurídico argentino, en la paz o en la guerra, cada soldado es una persona, cada habitante es una persona, cada prisionero es una persona, por más que la necesidad enorme o terrible resalte circunstancialmente la manifestación de su per-

sonalidad o haga surgir nuevos deberes a su cargo. En la paz o en la guerra la Argentina sigue siendo una *República*, y el principio republicano cobra mayor vigencia aun en la guerra, al menos en cuanto al requerimiento de *racionalidad* de los actos de poder, dado que lo enorme de la necesidad y el debilitamiento consiguiente del control calmo de la *racionalidad* de los actos de poder —impuesto por la presencia actual del peligro— requiere que se extreme el cuidado en el uso de la recta razón por parte de quien lo detenta, particularmente cuando se trata de militares, es decir, de profesionales justamente formados para esa circunstancia.

Queda con lo dicho suficientemente claro que la necesidad enorme no constituye ninguna excepción al derecho ni da lugar a ningún “derecho de excepción”, que es una expresión aberrante. No obstante, hay circunstancias especiales, dentro y fuera de la guerra, en las que no hay sólo una *necesidad terrible*, sino que se presenta una *necesidad terribilísima*. Se trata de situaciones en las que existe un peligro actual de absoluta inminencia o un mal gravísimo que ya se está produciendo y que es necesario evitar o detener. *Es en estas circunstancias de necesidad terribilísima cuando hacen su aparición en el derecho penal militar dos medidas que aparentemente arrasan con las disposiciones constitucionales: la legislación por bandos y la llamada "pena de muerte".*

§ 100. Hemos visto que la necesidad es la entredadora de cualquier garantía jurídica, cuya invocación se ha pretendido usar para santificar todo género de atrocidades. Esto no puede acontecer en nuestro derecho, donde el principio republicano de gobierno exige la *racionalidad*, es decir, donde el requisito de *racionalidad* como límite jurídico de cualquier necesidad

justificante se deriva del mismo art. 1 de la C.N., y donde, en consonancia con el mismo, lo requiere expresamente el apart. b del inc. 6, art. 34, C.P., para la legítima defensa. De allí que las situaciones de necesidad terribilísima se hallen muy precisamente delimitadas en la ley penal militar y en la L.D.N. 16.970, como también en su decreto reglamentario 739/67, sin que sea admisible ningún género de interpretación extensiva de tales disposiciones, las que no sólo deben ser interpretadas restrictivamente, sino que, atento a que la ley misma reconoce como fundamento material la *necesidad terribilísima*, entendemos que sin ella su delimitación formal, esto es, meramente apegada a la letra de la ley, resulta inconstitucional por irracional. Dicho de otro modo: la delimitación legal puede restringirse en caso de falta de sustento material, pero no puede ampliarse.

Si la *necesidad terrible da lugar al derecho penal militar que podemos llamar ordinario, haya o no guerra, la necesidad terribilísima da lugar a un derecho penal militar extraordinario*, que también puede aparecer en tiempo de paz o en tiempo de guerra, puesto que la guerra no es la única fuente generadora de una necesidad terribilísima.

Dado que esto no deja de ser una manifestación del derecho penal militar, está plenamente justificado considerar que todo el derecho penal militar es un derecho penal especial, dentro del cual puede distinguirse una forma ordinaria de aparición (*derecho penal militar ordinario*) y una forma excepcional (*derecho penal militar de excepción*).

§ 101. Cabe precisar lo que queremos significar cuando hablamos de un derecho penal militar “de excepción”, puesto que esto no contradice en nada lo afirmado al argumentar contra la consideración del

derecho penal castrense como "derecho de excepción". Hemos dicho que la llamada " pena de muerte" no es una pena, y es sabido que la fuente de conocimiento del derecho penal es la ley en sentido formal, por todo lo cual un derecho penal que, surgido como consecuencia de una necesidad terribilísima, apele a la muerte del infractor y que pueda acuñar tipos penales por medio de leyes que no sean formales (es decir, que no emanen del órgano legislativo con capacidad constitucional para hacerlo), excepciona principios fundamentales del derecho penal, o sea que, además de un derecho penal especial es derecho penal excepcional (respecto de los principios generales del derecho penal).

Sin embargo, no es un "derecho de excepción" puesto que, *como pasamos a demostrarlo, no es una "excepción" a los principios generales del derecho*, o sea que no queda marginado del orden jurídico ni constituye una "excepción" al mismo, que es precisamente lo que negamos. *Las eventuales excepciones a los principios generales del derecho penal no son excepciones al derecho en general.*

A partir de principios jurídicos generales, recogidos en nuestro derecho positivo y aceptados universalmente, veremos que las excepciones al derecho penal (configuradas por la violación al principio de legalidad formal y a la exclusión de la " pena de muerte" en base a una interpretación progresiva del texto constitucional) correctamente entendidas y regladas por una parte del derecho penal militar que halla su *ratio essendi* y su estricto límite en la *necesidad terribilísima*, no son inconstitucionales y, por consiguiente, no puede hablarse de un "derecho de excepción" —lo que es aberrante—, sino sólo de un "derecho penal (militar) de excepción".

Dedicaremos, pues, los siguientes párrafos al *derecho penal militar de excepción*, con la aclaración, de que por representar, justamente, una excepción a los principios del derecho penal y, por ende, del derecho penal militar ordinario, se hace acreedor a una consideración separada y diferenciada, que no debe confundirse con la del derecho penal militar ordinario, que es el que ocupará el resto de nuestro trabajo.

II. LOS BANDOS MILITARES SON LEYES MATERIALES QUE PUEDEN TIPIFICAR DELITOS.

§ 102. Es un incuestionable principio constitucional el de la legalidad penal: *no hay delito sin ley previa*, sin embargo, en caso de *necesidad terribilísima*, la ley militar contempla la posibilidad de legislar por medio de bandos militares.

Si entendemos al principio de legalidad conforme al clásico enunciado *nullum crimen sine proeria lege penale*, resultará claro que la legislación penal por vía de bandos no afecta al principio de legalidad en cuanto de él se deriva la *irretroactividad de la ley penal*, porque los bandos deben ser decretados "con anterioridad a la comisión de los actos declarados punibles" (cfr. Mendoza, I, p. 16). Esto es una consecuencia lógica del principio republicano (art. 1, C.N.), ante el cual resulta contrario a la razón penar una conducta cuyo autor nunca pudo tener por prohibida, precisamente porque al tiempo de realizarla no estaba prohibida.

Que el bando no viola el requisito de la *proeria lege penale* surge con toda claridad de nuestro C.J.M., cuyo art. 136 dispone que "los bandos rigen desde la

fecha que en los mismos se establezca" y agrega que "en caso de no establecerse fecha, regirán desde su publicación". Confirma la irretroactividad del bando castrense el recaudo de la publicación previa: "Los bando serán publicados mediante la orden del día para conocimiento de las tropas y en los diarios y en carteles que serán fijados en los sitios públicos, cuando prevean delitos o faltas cometidas por civiles" (art. 135, 1a. parte, C.J.M.).

Por otra parte, los bando no pueden alterar los principios generales que rigen el derecho penal castrense, pues "no podrán imponer otras penas que las establecidas en este Código o en el Código Penal" (art. 135, 2º párrafo, C.J.M.), lo que indica que *lo único que puede hacer un bando es tipificar una conducta*.

§ 103. El bando militar es, pues, *una ley en sentido material, que puede tipificar conductas, pero que debe cumplir con todos los requisitos que hacen a su debido conocimiento, es decir, que debe ser suficientemente publicado, y que no puede alterar los principios generales del derecho penal militar en cuanto a la antijuridicidad y a la culpabilidad*. "Bando significa mandato, ley o edicto de orden superior, publicado en solemnidad" (Astrosa Herrera, p. 20). En nuestro derecho vigente, bando militares son aquellas órdenes o mandatos, que configuran leyes en sentido material y que con las solemnidades del caso dictan determinadas autoridades en tiempo de guerra o caso de commoción interior, ya sea para sancionar como delitos hechos atentatorios a la seguridad de las tropas y materiales o para proveer al mejor éxito de las operaciones, establecer la policía de dichas zonas, o asegurar el orden público y evitar

el saqueo, violación, incendio y otros estragos (arts. 131 y 133 del C.J.M.).

§ 104. Que el bando militar puede tipificar delitos es algo que surge con claridad del mismo art. 508, C.J.M., que junto al delito militar tipificado en legal forma, declara delito "todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten, en tiempo de guerra", en lo que no hace más que seguir al art. 503 del Código Bustillo, que a su vez, seguía al 2º párrafo del art. 171 del viejo C.J.M. español y al 3º párrafo del art. 1 del antiguo Código Penal de la Marina de Guerra de España, pero en ninguna disposición del C.J.M. vigente ni de sus antecedentes (arts. 132, 134, 136 del Código Bustillo; arts. 30, 34 del C.J.M. español de 1890), se dice que el bando militar pueda hacer algo diferente que tipificar delitos.

Dicho en otras palabras: el bando es una ley penal en sentido material, pero cuya materia está estrictamente limitada a la tipificación de conductas. *El bando no puede amnistiar delitos*, ni militares ni comunes, y ni siquiera los tipificados por el propio bando.

§ 105. El bando es una ley penal material de las llamadas "excepcionales", puesto que *su vigencia se limita a la permanencia de la circunstancia de necesidad terribilísima*. Conforme a esta característica y a que la retroactividad de la ley penal más benigna es un simple principio legal, establecido en el art. 2 del C.P. y en el art. 576 del C.J.M., pero que carece de jerarquía constitucional, es lógico que a su respecto —como respecto de cualquier ley penal de excepción— quede derogado, puesto que de lo contrario

perdería toda eficacia cominatoria (motivadora de conducta adecuada a derecho), porque quienes quedasen a él sometidos sabrían de antemano que pasada la circunstancia de necesidad terribilísima la pena en él conminada no se haría efectiva. Es, en lugar, muy dudoso que el bando pueda ser considerado como una ley penal material temporal, puesto que aunque prefije su vigencia, ésta caería automáticamente al cesar la circunstancia de necesidad terribilísima.

§ 106. Si bien el bando militar no puede amnistiar, no cabe duda que *puede ser derogado por otro bando posterior que también puede hacer cesar laattività del primero*. Ello obedece a que una ley excepcional y, por consiguiente la ley que deroga a la excepcional, *pueden apartarse del principio del art. 2 del C.P. y del art. 576 del C.J.M.* —y está tácitamente entendido por ser de toda lógica, que cuando nada dicen, se están apartando del principio legal allí establecido—, pero nada las obliga a que no respeten ese principio. De cualquier manera, *no es esto una amnistía, porque la amnistía es una desincriminación anómala (elimina la delictuosidad de hechos que continúan incriminados para el futuro)*, en tanto que aquí se trata de un desincriminación pura y simple.

§ 107. El bando tampoco puede imponer penas que no se hallen previstas en el C.J.M. o en el C.P., lo que implica que tampoco puede reformar el criterio general para la imposición de las penas, porque sería absurdo que un bando derogase el requisito de la culpabilidad, por ejemplo. Puede argumentarse que un bando puede penal severamente —incluso prever la muerte— de quien viola la prohibición de encender luces en un oscurecimiento, y ser la situación tan desesperada que aun cuando un inimputable encienda una luz debe eliminárselo para evitar una catástrofe.

No obstante, la eliminación del inimputable como único medio de evitar una catástrofe puede resolverse a la luz del art. 34, inc. 2, última parte, del C.P., sin que pueda argumentarse que eso tenga el carácter de una pena, puesto que es obvio que cualquiera de los habitantes de una población amenazada por un bombardeo puede hacer esto para salvar su vida, quedando amparado en la causa de inculpabilidad referida, esto es, en la violencia provocada por la amenaza de sufrir un mal inminente y grave, sin necesidad de ser un militar. Veremos luego que en tanto el militar actúa en esa circunstancia de necesidad en cumplimiento de un deber jurídico, el civil es en cambio meramente inculpable o eventualmente actúa justificadamente, pero de momento, lo que nos debe quedar claro, es que en ninguno de ambos casos es una pena.

No hay tampoco disposición alguna que permita que un bando pueda desincriminar un delito que estuviese tipificado por una ley formal, es decir, que un bando no puede desincriminar el saqueo, el hurto, el homicidio, etc.

§ 108. En cuanto al ámbito personal de validez de los mismos, el art. 134 del C.J.M. dispone que "los bandos obligan con fuerza de ley a todas las personas que se encuentren en las zonas fijadas por los mismos, sin excepción de nacionalidad, clase, estado, condición o sexo". Sin embargo, debe quedar claro que *el bando no puede violar disposiciones que pertenezcan al derecho de gentes*, puesto que pasaría a ser un crimen de guerra, como *tampoco puede violar las inmunidades de los jueces a cuyo cargo se halla precisamente la aplicación de los mismos a civiles*, dado que el art. 42 de la L.D.N. les garantiza la "independencia en su acción y la plenitud de sus atribuciones

para la aplicación de la legislación vigente y *de los bandos que se dicten*". A este respecto, parecería ser que el art. 42, L.D.N., se halla en contradicción con los arts. 138 y 139 del C.J.M., pero, bien entendidos, cabe suponer que la aplicación del bando por la jurisdicción militar —establecida en esas disposiciones del C.J.M.— sigue rigiendo respecto de los militares, en tanto que el art. 42 de la ley 16.970 rige para los civiles.

§ 109. Cabe precisar que la materia del bando, en cuanto al derecho penal de fondo, sólo puede consistir en tipificar conductas, pero que esa tipificación no sólo debe limitarse a la posibilidad de erigir en delito lo que no lo es conforme a la ley formal, sino que, dado que quien puede lo más puede lo menos, también puede crear tipos calificados o agravar las penas conminadas para conductas que ya son típicas.

§ 110. En síntesis:

Los bandos son leyes materiales que pueden	que pueden	pero que no pueden
— regir para militares	— tipificar delitos y	— imponer penas no previstas en el C.J.M. o en el C.P.
— o para civiles y militares.	— derogar otros bandos.	— alterar los principios que rigen para la imposición de las mismas,
		— alterar los principios que rigen la antijuridicidad,
		— ni la culpabilidad,
		— amnistiar delitos,
		— ni desincriminar delitos tipificados por leyes formales.

III. LOS BANDOS NO SON LEYES PENALES EN BLANCO.

§ 111. Quien crea que las llamadas "leyes penales en blanco" importan una delegación de la función legislativa penal, cuando la ley material que completa el tipo emerge de otro poder no considerado fuente productora de ley penal (Poder Ejecutivo, Ley Provincial, Ordenanza Municipal, Resolución Ministerial, etc.) puede caer fácilmente en el error de pensar que la legislación penal por medio de bandos es un caso más de ley penal en blanco. Parece sencillo pensar que si el art. 205 del C.P. reprime al "que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia", la ley penal sancione también a quien viole las medidas u órdenes emanadas de la autoridad militar, que es la competente para emitirlas en una situación de necesidad terribleísima.

Sin embargo, el art. 131 del C.J.M., no es una ley penal en blanco, ni tampoco lo es el art. 508 del mismo texto. En primer lugar, porque una ley penal en blanco completa un tipo, o sea que da vida a una ley penal, pero una ley penal en blanco no declara delito a "todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten". Esto no es la facultad de completar una ley penal, sino directamente de crearla. Por otra parte, la ley penal en blanco prevé una pena, en tanto que el art. 135 únicamente se limita a vedar la introducción de nuevas especies de penas.

Pese a la fuerza de estos argumentos, no son los decisivos para afirmar que el bando penal militar no completa una ley penal en blanco. Lo determinante

es que la ley penal en blanco únicamente es constitucional cuando no importa una violación a la división de los poderes del Estado, porque la potestad legislativa penal es indelegable, no pudiendo ceder el Congreso nacional la función que en forma exclusiva le asigna la C.N. en virtud de la división de poderes que ésta hace y que la ley no puede alterar.

Consiguentemente, la ley penal en blanco sólo resulta admisible cuando el legislador penal —por lo general el Congreso de la Nación— necesita remitirse a otro órgano legislativo precisamente en razón del mismo principio de separación de poderes, porque de lo contrario invadiría el ámbito legislativo de otro poder. Tal es lo que sucede con la legislación sanitaria para prevenir una epidemia o para impedir su propagación: la policía sanitaria y las consiguientes medidas de policía sanitaria no son del resorte del Congreso nacional, de modo que al penalizar su violación, éste no tiene otro recurso que remitir a las disposiciones de los órganos competentes para producir la ley material respectiva y así completar el tipo penal. Esto en modo alguno acontece en el caso de la legislación penal militar, que es del exclusivo resorte del Congreso nacional, de modo que al tipificar los delitos militares, el Congreso no invade funciones de otro poder. Ningún sentido tendría afirmar que el Congreso pudiese legislar por ley formal ciertos delitos militares y que al mismo tiempo no pudiese hacerlo con otros.

Sintéticamente dicho: la ley penal en blanco es inconstitucional cuando implica una delegación de la potestad legislativa penal del Congreso, porque afecta la división de poderes del Estado, el sistema federal o el régimen municipal; es constitucional sólo cuando completa el tipo remitiendo a disposiciones que no son de su competencia legislativa, porque esa remisión se la impone el respeto de los mismos principios

que le vedan la delegación. En el derecho penal militar no puede haber remisión a disposiciones que no son de su competencia legislativa, porque el Congreso es el único competente para tipificar los delitos militares. Luego, no puede nunca considerarse que el bando penal castrense es el complemento de una ley penal en blanco.

IV. LOS BANDOS PENALES MILITARES EN TIEMPO DE GUERRA.

§ 112. El Código Bustillo referíase a los bandos militares en los arts. 503 y 134. En este último se atribuía la facultad de dictarlos al general en jefe de un ejército o escuadra en campaña u operando por separado y limitaba su ámbito personal sólo a "cuantas personas sigan al ejército o escuadra, sin excepción de clase, grado, condición o sexo". El C.J.M. vigente amplió el ámbito de los bandos, considerando el autor del proyecto que "la experiencia acumulada en países extranjeros permite afirmar que, en tiempo de guerra la legislación por medio de bandos es de vital importancia, pues sólo así pueden promulgarse con rapidez y de cerca las normas necesarias para reprimir determinadas infracciones, que no siempre resulta posible prever en tiempo de paz".

§ 113. Pese a que el C.J.M. vigente extiende el ámbito de aplicación de los bandos a los civiles (art. 134) y a que parece que su modelo fue en cierta medida el C.J.M. italiano de guerra, lo cierto es que nuestro legislador penal militar rodea al bando de ciertos requisitos de garantía mínima, a algunos de los cuales ya nos hemos referido. Así, en tanto que el art. 20 italiano establece que el propio bando determina el

modo de publicación, nuestro art. 135 prevé legalmente su forma de publicación; mientras para el art. 17 del Código italiano los bandos pueden legislar materia penal y procesal de guerra, nuestro Código limita su contenido a la tipificación; al tiempo que el Código italiano no impone el deber de dar aviso al superior, el segundo párrafo del art. 136 del C.J.M. dispone: "Dictado un bando, la autoridad que lo promulgue lo comunicará a la superioridad en la primera oportunidad". Por otra parte, nuestro C.J.M. contiene una expresa disposición referida a la responsabilidad de la autoridad militar que se exceda en sus atribuciones la que es ajena al Código italiano y de la que nos ocuparemos luego. También —como vimos— el Código castrense argentino prohíbe que los bandos contienen penas cuya especie no reconozca el C.J.M. o el C.P., lo que no aparece en el italiano. A este respecto es extremadamente claro el art. 745 de nuestro C.J.M., que condena a prisión menor, siempre que no resulte un delito más grave, al "militar encargado de conservar o restablecer el orden público, que empleare o hiciese emplear las armas sin causa justificada, o sin orden expresa para ello, o dejase de cumplir las formalidades expresadas en la ley".

En esta materia se superponen disposiciones del C.J.M. y de la L.D.N., pese a que pueden interpretarse adecuadamente ambos textos, habida cuenta que la ley 16.970 dispone expresamente que deroga toda disposición que se le oponga (art. 57). Consiguientemente cabe considerar que cuando se incompatibilizan las disposiciones del C.J.M. en la materia, con las de la L.D.N., debe prevalecer esta última.

§ 114. Segun el art. 131 del C.J.M., "durante el estado de guerra, en las zonas de operaciones y zonas de guerra, podrán dictarse bandos destinados a pro-

veer a la seguridad de las tropas y materiales, al mejor éxito de las operaciones y a establecer la policía de dichas zonas". Esto significa que los bandos tienen una *vigencia limitada al tiempo de guerra*, que es el que "comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta existe de hecho, o con el decreto de movilización para la guerra inminente, y termina cuando se ordena la cesación de las hostilidades" (art. 882, C.J.M.). "La movilización es el conjunto de medidas y procedimientos por los cuales se adecua el potencial de la Nación con el objeto de satisfacer las exigencias de la seguridad nacional para casos de guerra (art. 50, L.D.N., 16.970).

Del mismo modo, los bandos tienen también una *vigencia limitada geográficamente a las zonas de operaciones y a las zonas de guerra*. A este respecto, cabe entender que el C.J.M. ha sido parcialmente modificado por la L.D.N., puesto que ambas clases de zonas se denominan en la ley 16.970, "Teatro de Operaciones". El art. 33 de la L.D.N. dispone: "En caso de guerra el presidente de la Nación podrá declarar teatro de operaciones a parte o partes del Territorio nacional", en tanto que según el art. 31 del decreto que reglamenta dicha ley, el teatro de operaciones es "la parte o partes del Territorio nacional necesarias para el desarrollo de operaciones militares".

El inc. 1 del art. 132 del C.J.M. establecía que los bandos podían ser promulgados "por los gobernadores militares, y por los comandantes superiores destacados en las zonas de operaciones y de guerra". Cabe entender que esta disposición ha sido reemplazada por la L.D.N. y que en la actualidad, *la autoridad competente para promulgar los bandos es el comandante del teatro de operaciones*.

El art. 34 de la ley 16.970 dispone que "el Comando de cada teatro de operaciones será ejercido

por el oficial superior de las fuerzas armadas que designe el presidente de la Nación a propuesta del Comité Militar". El comandante del teatro de operaciones ejerce su autoridad por delegación del presidente de la Nación y comprende la totalidad del gobierno civil y militar del área puesta bajo su mando (art. 35, L.D.N., 16.970). Si bien el comandante puede nombrar delegados civiles locales para los asuntos relacionados con la administración civil, estos delegados no están facultados para promulgar bandos militares, atribución que es exclusiva del comandante. Las únicas autoridades civiles que conservan sus atribuciones en el teatro de operaciones son los magistrados judiciales, a cuyo cargo queda la aplicación de los bandos (art. 42, L.D.N.) a las personas que no estén sometidas a la jurisdicción militar.

El comandante del teatro de operaciones es designado mediante decreto, que debe contener además "la delimitación expresa del teatro de operaciones, su denominación y la fecha de cuándo entra en vigencia" (art. 31, decr. 739/67).

Dado que la autoridad que ejerce el comandante del teatro de operaciones "comprende la totalidad del gobierno civil y militar" en la zona (art. 35, L.D.N.), no puede considerarse que los comandantes de las fuerzas componentes que actúan en la misma, ninguno de los cuales puede ser comandante del teatro de operaciones, sino que son sólo sus principales asesores (arts. 33 y 34 del decr. 739/67) esté facultado para promulgar bandos.

El inc. 2 del art. 132 del C.J.M. cabe considerar que no ha sido afectado por la L.D.N. Según dicho dispositivo, son también competentes para promulgar bandos "los comandantes de destacamentos, cuerpos o unidades del ejército, de la marina y de la aeronáutica, cuando actúen independientemente o se hallen

incomunicados". Esto importa que mientras no se haya designado comandante del teatro de operaciones, lo que bien puede acontecer en caso de un ataque imprevisto, el comandante de la fuerza que deba entrar inmediatamente en acción es el competente para promulgar bandos. Igualmente, y aun cuando ya hubiese comandante del teatro de operaciones, el comandante de cualquier destacamento, cuerpo o unidad que se hallare incomunicado está facultado para promulgar bandos.

En síntesis, pueden promulgar bandos únicamente:

- 1) el comandante del teatro de operaciones;
- 2) el comandante del destacamento, cuerpo o unidad interviniente, cuando no se haya designado comandante del teatro de operaciones;
- 3) el comandante de destacamento, cuerpo o unidad que se halle incomunicado.

El párrafo segundo del art. 136, C.J.M., dispone: "Dictado un bando, la autoridad que lo promulgue lo comunicará a la superioridad en la primera oportunidad". En los supuestos 2 y 3, se tratará del superior inmediato al comandante que lo promulga. En el supuesto 3, la primera oportunidad será en cuanto cese la incomunicación. En el caso del comandante del teatro de operaciones, lo hará inmediatamente al presidente de la Nación por intermedio de la Junta de Comandantes en Jefe (art. 35, n° 2, decr. 739/67).

§ 115. La última parte del art. 136, C.J.M., se refiere a la responsabilidad de las autoridades militares que se hubiesen extralimitado en sus funciones en cuanto a la promulgación o aplicación de bandos. Dicha disposición establece que la mencionada responsabilidad por extralimitación "sólo podrá hacerse efectiva por los tribunales militares". No obstante,

hay a este respecto un supuesto curioso, que está contemplado en legislaciones extranjeras, pero no en la nuestra. Según el inc. 15 del art. 86 de la C.N., el presidente de la Nación "es comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y de tierra de la Nación". En consonancia con este carácter, el art. 9 de la L.D.N., establece que "al presidente de la Nación, en su carácter de jefe supremo de la Nación, compete la máxima responsabilidad en la dirección superior de la defensa nacional y, como comandante en jefe de las fuerzas armadas, la conducción superior de éstas", no pudiendo olvidarse que el art. 35 de la misma ley prescribe que el comandante del teatro de operaciones ejerce su autoridad por "delegación del presidente de la Nación", dependiendo de éste a través de la Junta de Comandantes y siendo designado a propuesta del Comité Militar, que está presidido por el propio presidente de la Nación e integrado por los comandantes en jefe de las tres fuerzas armadas y el ministro de Defensa (art. 19, L.D.N.). El mismo decreto reglamentario de la L.D.N. (decr. 739/67) establece la forma en que el presidente puede impartir directivas y dictar resoluciones al comandante del teatro de operaciones (art. 35, nº 1). Además, la L.D.N. no puede retacearle al presidente una función que le asigna la C.N. y de la cual debe responder políticamente, por lo cual no puede haber impedimento legal alguno en que el propio presidente de la Nación asuma personalmente la comandancia del teatro de operaciones, así como aconteció cuando Mitre encabezó las fuerzas de la Triple Alianza en la Guerra del Paraguay. La única limitación que el presidente de la Nación tendría para asumir personalmente la comandancia de la zona, estando reunido el Congreso, es la autorización del mismo para ausentarse del territorio de la Capital y, en receso del Con-

greso, no tendría obstáculo alguno si la gravedad de la situación lo justificase, dado que tal caso sería uno de los "graves objetos de servicio público" (C.N., art. 86, inc. 21). Que el presidente puede asumir la comandancia del teatro de operaciones es consecuencia lógica de que una ley, por obvias razones prácticas, puede facultar al presidente a delegar autoridad, pero no puede imponérselo. De allí que el art. 33 de la L.D.N. diga que "en caso de guerra, el presidente de la Nación podrá declarar teatro de operaciones...".

Lo cierto es que aun cuando el presidente designe legalmente al comandante del teatro de operaciones y le imparta la orden de proclamar *un bando que no fuese necesario*, es decir, que se extralimite en el uso de esta facultad, ésta es una "orden del servicio", y el presidente de la Nación sería el único responsable de esta extralimitación, según lo dispone el art. 514 del C.J.M., no obstante lo cual, la responsabilidad del mismo no podrá hacerse efectiva "por los tribunales militares", en los términos del art. 136 C.J.M., puesto que *aun cuando se hiciese efectiva por juicio político la responsabilidad política del presidente de la República, éste no queda sometido a la justicia militar, sino a los tribunales federales*.

V. LOS BANDOS PENALES MILITARES EN TIEMPO DE PAZ.

§ 116. La tipificación por medio de bandos no es un fenómeno jurídico que sea provocado por la guerra, como ya vimos, sino por una situación de necesidad terribilísima que puede presentarse tanto en la guerra como fuera de ella. En consonancia con esto el art. 133 del C.J.M. establece que también podrá promulgar bandos la autoridad militar que *durante el*

estado de conmoción interior, y en cumplimiento de previsiones para dicho estado, se vea obligada a asumir el mando o gobierno del lugar, "con el fin de mantener el orden público e impedir el saqueo, violación, incendio u otros estragos".

Conforme a esta disposición del C.J.M., por consiguiente, los bandos para el supuesto de conmoción interior, fuera de la guerra, también requieren una necesidad terribleísima, que debe estar dada por la circunstancia de que la conmoción interior alcance un grado tal que la autoridad del lugar no pueda evitar estragos, es decir, que la alteración del orden sea de tal naturaleza que el peligro de afectación masiva y grave de bienes jurídicos tales como la vida, la propiedad, etc., sea inminente e inevitable por la autoridad local. De allí surge la posibilidad de que la autoridad militar asuma el gobierno o el mando de una parte del territorio.

El art. 133 del C.J.M. es preciso en cuanto a la limitación temporal de la facultad de tipificar delitos por bandos: "Esta facultad —dice— sólo podrá usarse desde que se haya comprobado la impotencia de las autoridades y hasta que se haya logrado restablecerlas". Su redacción es defectuosa, puesto que parece tratarse de meros supuestos de sedición, en que se haya depuesto a las autoridades locales. Sin embargo, la *conmoción interna* no tiene porqué ser una sedición, e incluso una sedición puede ser una conmoción interna que no alcance el grado de la necesidad terribleísima, por no provocar peligro alguno de estrago. También es posible que la conmoción interna haya hecho desaparecer físicamente a las autoridades locales, y por consiguiente, que sea imposible restablecerlas.

Por lo tanto, interpretando en forma racional el art. 133, C.J.M., debe entenderse que la facultad

tipificadora penal por bandos comienza cuando hay un peligro inminente de estrago, que no pueda ser neutralizado por las autoridades locales, sea porque hayan desparecido (supóngase un terremoto que arrase con una capital provincial, pereciendo en la catástrofe todas las autoridades) o porque las fuerzas del orden locales sean insuficientes para ello. Del mismo modo, debe entenderse que esa facultad cesa de inmediato, en cuanto la situación permita que el gobierno de la zona sea ejercido por una autoridad local, sin peligro inminente de estrago, sea porque en caso de sedición se haya restablecido a las autoridades desplazadas o porque, sin el referido peligro pueda ejercer el gobierno un interventor federal. Dicho en términos más claros y prácticos, puede afirmarse que según el C.J.M., la facultad de tipificar por bandos cesa cuando la policía provincial es fuerza suficiente para neutralizar el peligro de cualquier estrago, sea cual fuere la consecuencia que políticamente se derive de la conmoción interior (restablecimiento de las autoridades locales, continuación de éstas, en caso de no haber sido desplazadas por la conmoción, o intervención federal). Debe quedar, pues, suficientemente claro que el bando, tanto en tiempo de paz como de guerra, tiene como único fundamento la necesidad terribleísima y, por consiguiente, en el supuesto de conmoción interior, la facultad promulgadora de la autoridad castrense cesa en el momento en que para evitar el peligro inminente de estrago es suficiente la autoridad provincial o policial.

En este aspecto, las disposiciones del C.J.M. no han sido alteradas por la L.D.N., la que se limita a establecer que la zona afectada por la conmoción interior puede ser declarada "zona de emergencia", precisando que la "conmoción interior" puede provenir de acción humana o natural: "En caso de conmoción

interior, sea ésta originada por personas o agentes de la naturaleza, podrá recurrirse al empleo de las fuerzas armadas para restablecer el orden o prestar los auxilios necesarios. Para ello, en aquellas zonas o lugares especialmente afectados podrán declararse zonas de emergencia a órdenes de autoridad militar, para la imprescindible coordinación de todos los esfuerzos". (art. 43, L.D.N.).

Aunque no creamos que sea materia propia de un decreto reglamentario, dado que su lugar correcto debió ser la ley, el decr. 739/67 precisó el concepto de conmoción interior y, de cualquier modo, por discutible que sea su constitucionalidad, entendemos que sus definiciones son correctas desde el punto de vista material, siendo susceptibles de ser jurisprudencialmente recogidas, pues se adecuan bastante a lo que razonablemente debe entenderse por tal. El art. 37 del referido decreto dice que la conmoción interior originada por personas es "una situación de hecho, de carácter interno, provocada por el empleo de la violencia que ponga en peligro evidente la vida y bienes de la población, el orden público y el ejercicio de las autoridades normales de una zona del país que afecte a la seguridad nacional, y de una magnitud tal que las fuerzas provinciales resulten impotentes para dominarla y exija la intervención de las autoridades y medios nacionales". El mismo artículo dice que por conmoción interior originada por la acción de agentes de la naturaleza debe entenderse "una situación de hecho, de carácter interno, provocada por la acción de personas que aprovechando las situaciones de catástrofe alteren el orden público, poniendo en peligro la vida y bienes de la población y que por su magnitud no pueda ser conjurada mediante los recursos normales de las autoridades provinciales y

exija la intervención de las autoridades y medios nacionales".

El art. 38 del decr. 739/67 dispone que "cuando se recurra al empleo de las fuerzas armadas, se declarará zona de emergencia al área de la conmoción y el comandante de la misma ejercerá el gobierno militar y civil de dicha zona, debiéndosele subordinar las autoridades, medios y fuerzas provinciales que sean necesarios". Al igual que en el caso del "teatro de operaciones", "la zona de emergencia" se declara por decreto, que debe contener: 1) los límites de la zona; 2) la autoridad militar superior de la zona; y 3) las fuerzas asignadas (art. 39 del decr. 739/67). Como cuarto requisito del referido artículo, se establece que el decreto contendrá también, "si la gravedad de la situación lo aconseja, la atribución de dictar bandos". Esta última disposición es insconstitucional, porque la autoridad militar de la zona de emergencia tiene la atribución de dictar bandos, estrictamente limitada a la presencia de la situación de necesidad terribleísima, en función de una ley nacional cual es el art. 133, C.J.M., y no puede un decreto del Poder Ejecutivo retacearle la calidad de fuente productora de ley penal que le otorga una ley nacional. Por otra parte, la previsión que la facultad de dictar bandos corresponde "si la gravedad de la situación lo aconseja", es algo que sale sobrando, puesto que está dado como condición fundamentadora de la calidad de fuente productora de ley penal material, que no requiere ser valorada por el presidente de la República en su decreto, sino por la autoridad militar de la zona de emergencia frente a la situación concreta.

El art. 40 del citado decreto establece que "la autoridad militar de la zona de emergencia dependerá siempre del presidente de la Nación, a través de la

Junta de Comandantes en Jefe", lo que, al igual que en el caso del comandante de la zona de operaciones —y con las mismas aclaraciones formuladas— no puede significar que al presidente de la Nación se le retace la facultad constitucional de asumir personalmente la autoridad militar de la zona de emergencia.

VI. LA ADECUACIÓN A DERECHO (JURIDICIDAD) DE LOS BANDOS MILITARES.

§ 117. Al cerrar este capítulo resumiremos las consecuencias que la necesidad terriblemente tiene en el orden jurídico, particularmente en cuanto a sus efectos penales. De momento, y reservándonos para entonces la conclusión general válida para todo el derecho penal militar de excepción, vamos a hacer el planteamiento de la cuestión desde un punto de vista completamente hipotético y paradojal, pero que es el único que nos sirve para la conclusión posterior. La hipótesis en que ahora nos colocamos para plantear el problema es la de poner entre paréntesis a las fuerzas armadas y a toda su estructura jurídica; incluyendo al C.I.M. Supongamos, pues, que no hubiese fuerzas armadas, ni C.I.M., ni L.D.N., ni ninguna disposición de derecho militar.

Puestos en esta hipótesis, por descontado que absurda y sólo necesaria para clarificar la exposición jurídica del problema, se produce un ataque militar al país, en una zona cualquiera de éste, con el consiguiente peligro para la existencia de la Nación, para su independencia, para la integridad de su territorio, y también por supuesto, para la vida, la libertad y la propiedad de sus habitantes, amenazadas en forma masiva. Pensemos también, siempre en la misma hi-

pótesis, que en una región del país se produce un movimiento sísmico terrible, que destruye prácticamente una provincia, y que la falta de agua, la interrupción de las comunicaciones, la insuficiencia de los servicios médicos ordinarios, etc., dan lugar a un inminente peligro de extensión de los daños, de muerte de heridos por imposibilidad de rescatarlos o de atenderlos, de muerte de niños e inválidos por sed, inanición o frío, de producción de epidemias y, además, de actos de apoderamiento de bienes ajenos y de comisión de cualquier delito por absoluta desorganización o insuficiencia de la policía de seguridad ordinaria.

Dadas estas hipótesis, un grupo cualquiera de habitantes de la Nación, se organiza e impone su autoridad al resto, suponiendo que por cualquier circunstancia (como puede ser su identificación, agrupamiento y entrenamiento físico en una entidad deportiva, que también cuenta con armas porque se practica tiro en forma legalmente autorizada) pudiese hacerlo con cierta coherencia y válido de la superioridad de su organización y medios (los equipos jerarquizados, su superioridad en fuerza física por la práctica deportiva y por la disposición de armas). En función de esa mera superioridad física toma una serie de medidas, tales como obligar a los restantes habitantes a resistir al enemigo o forzarles a sumarse a los servicios que fueren adecuados para conjurar el peligro. Sea que lo hagan o no sus propósitos, supongamos que la eventualidad de peligro inminente pase y que los integrantes del grupo fuesen sometidos a un tribunal ordinario, donde se les acuse de haber incurrido en las tipicidades del art. 142, incs. 1 y 6, del art. 149 bis, del art. 230, inc. 2, y, fundamentalmente del art. 246, inc. 1, del C.P. Nadie dudaría en tales circunstancias, de encuadrar el caso en el supuesto de estado de necesidad justificante del art. 34, inc. 3, del C.P., con lo que

la conducta típica resultaría justificada, es decir, que no sería antijurídica.

§ 118. Queda, pues, claro que sin siquiera pertenecer a ninguna fuerza armada, los integrantes de un grupo que realizaran tales conductas en una circunstancia de necesidad terribilísima, actuarían justificadamente, en particular respecto de la usurpación de autoridad o de función pública en cuya tipicidad hubiesen incurrido. A tal conclusión se llega haciendo jugar los principios del derecho penal común, sin que para ello se afecte en nada disposición alguna de la C.N., ni mucho menos, se haya desbaratado la estructura jerarquizada de normas que integran nuestro ordenamiento jurídico. Repetimos que esto está planteado a modo de hipótesis y que el planteamiento integral lo remitimos al último párrafo de este capítulo.

VII. LA EXCEPCIONAL NECESIDAD DE DAR MUERTE AL DELINCUENTE.

§ 119. Hemos visto que la llamada "pena de muerte" es inconstitucional y que no es una pena, sino un simple ejercicio de fuerza que suprime una vida ajena. Sin embargo, nuestro C.J.M. la prodiga con extraordinaria generosidad, puesto que la tiene prevista para más de cincuenta delitos. No obstante ese enorme número de casos, en siete oportunidades la prevé como única consecuencia del delito y en dos de ellas permite su aplicación inmediata en el acto.

No puede afirmarse en forma rotunda que la supresión física del infractor sea inconstitucional en todos los casos que prevé el C.J.M., puesto que no nos hallamos frente a la ley penal común, sino ante un derecho penal especial que responde a una necesidad

tremenda o enorme y que, en algunos casos, se funda en una necesidad que se halla mucho más allá de ésta, es decir, en una necesidad terribilísima. *La supresión del delincuente jamás tiene el carácter de una pena, pero no es inconstitucional cuando se impone como resultado de una necesidad terribilísima que permite encuadrar el caso como justificación o como inculpabilidad.*

§ 120. Si acudimos nuevamente a la hipótesis en la cual colocamos entre paréntesis a las fuerzas armadas, veremos que *cuando la supresión física del autor responde a una necesidad terribilísima, nos hallaremos con claros supuestos de inculpabilidad que encuadran sin dificultad en el art. 34, inc. 2, del C.P.* dado que los integrantes del grupo que espontáneamente se hubiese impuesto por la fuerza en cualquiera de las gravísimas circunstancias con que exemplificamos, al dar muerte a alguien como alternativa entre matar o morir, estarían actuando violentados por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, puesto que de no hacerlo, la producción o continuación del cataclismo les arrastraría finalmente a ellos mismos. Ello sin contar con que *también podrían estar actuando en legítima defensa de terceros, si se diesen las condiciones del inc. 7 del art. 34, C.P.* Obviamente que fuera de tales supuestos, es decir, en caso de suprimir la vida de alguien sin que se diesen los extremos de la necesidad inculpante (inc. 2 del art. 34, C.P.) o de la legítima defensa de tercero (inc. 7 del art. 34, C.P.), incurrirían en delito.

§ 121. Los imaginarios integrantes del grupo de habitantes de la Nación, que ante el ataque inesperado o el terremoto catastrófico, habiendo desparecido cualquier autoridad o siendo incapaz la que resta pa-

ra hacer nada que evite el inminente peligro que de esas circunstancias se deriva para sus vidas y bienes y para los de sus allegados, hubiesen usurpado justificadamente la función pública (art. 34, inc. 3, C.P.), necesitarán conservar una extraordinaria cohesión y fe común en la empresa emprendida. Les sería menester un altísimo grado de confianza en sus posibilidades de éxito y, en lo posible, alcanzar el convencimiento de que su conducta responde a un serio deber de conciencia, puesto que la presencia de ánimo requerida para actuar en medio de una catástrofe semejante, cuando mueren seres queridos al lado, cuando los lugares habituales resultan destruidos, debe ser formidable. El grupo deberá apelar en todo momento a la racionalidad de sus componentes y tratar de neutralizar los factores emocionales que puedan perturbarla restándole fuerzas para su tarea de salvamento.

Si bien la desesperación puede generar entusiasmo, éste pasa pronto, y la eficacia del grupo dependerá de que sus integrantes se hallen *racionalmente convencidos* de que el esfuerzo físico enorme que realizan y el esfuerzo moral —quizá mayor— de lograr superar la impresión que la devastación y el dolor ajeno no produce en cualquier ser humano normal, tiene su razón de ser, y no sólo se halla explicado perfectamente sino, también, que es absolutamente necesario y que puede ser coronado por el éxito.

Los integrantes de ese grupo espontáneo que usurpe justificadamente una autoridad inexistente pueden tener mejores condiciones que otros, pero siempre serían seres humanos, con todas las debilidades que los caracterizan, y cualquier acto que en esa circunstancia catastrófica fuese capaz de debilitarles su racional convicción en la empresa salvadora y de neutralizar los punitivos emocionales que les pueden hacer vivenciar su acción como un acto moral

impuesto por la solidaridad humana, cualquier acto capaz de afectar su confianza en la durísima tarea emprendida, de lesionar su sentimiento de comunidad y de solidaridad interna para un logro común, automáticamente pondría en peligro la existencia misma del grupo y sus propósitos.

La convicción de la racionalidad de su acción común, la confianza en el resultado, la vivencia de sus conductas como un deber de conciencia y la solidaridad interna grupal son imprescindibles para que puedan afrontar la catástrofe exemplificada. Este conjunto de factores racionales y emocionales es lo que suele llamarse, errónea pero expresivamente, “la moral del grupo”. La capacidad del grupo para actuar en medio del cataclismo, no dependerá tanto de sus condiciones físicas como de su potencial psíquico, de la fuerza de su convicción y de la vivencia de su deber de conciencia. La psicología de la guerra demuestra esto acabadamente y la derrota psicológica precede siempre a la derrota física. Esta es una innegable consecuencia de la estructura misma del ser del hombre, que está demostrada científicamente y corroborada a lo largo de la historia (v. la amplia exposición de Mira y López, ps. 147 y ss.). Se atribuye al general Moltke una expresión que grafica acabadamente lo que venimos diciendo: “Déjenme ver cómo marchan por la carretera dos ejércitos y les diré cuál de ellos será el vencedor” (cit. por Mira y López, p. 166).

Dicho en palabras más sencillas y sintéticas: dado lo extraordinariamente cruel y doloroso de la circunstancia que el grupo de habitantes de la Nación del ejemplo debe afrontar, su esfuerzo físico y psíquico también debe ser extraordinario, y toda conducta, particularmente cuando proviene de los propios integrantes del grupo, que pueda “desmoralizarlos”,

hace peligrar la existencia misma del grupo, porque debilita el vínculo psíquico que al unirlos les permite hacer lo que raya en la heroicidad y que, aisladamente, sus miembros serían por regla incapaces de realizar. El grupo que habría de cargar sobre sí la tarea de enfrentar al peligro, debe comportarse con un valor extraordinario, pero ese grupo no estará formado sino por hombres, no por *Übermenschen* inmunes al miedo y al pánico. El que no siente miedo frente al peligro no es un valiente, sino sólo un insensato o un psicópata. No obstante, estos hipotéticos habitantes de nuestro ejemplo deben vencer el miedo para lograr sus objetivos —como también otros sentimientos—, y eso sólo puede vencerse a través de un nexo entre los integrantes del grupo, que es lo que Freud llama el lazo afectivo o libidinoso, a cuya caída atribuye —con toda razón— la disgregación del mismo y el pánico, que es el resultado de que cada quien comienza a cuidarse a sí mismo, sin atender para nada a los demás (Freud, I, p. 1132).

Si pensamos que este imaginario grupo de habitantes emprende semejante tarea, hallaremos casos en que para conservar su existencia como grupo no tendrá otra solución que suprimir a los integrantes que con su conducta sean capaces de destruir el nexo emocional que los reúne. Si desde este punto de vista contemplamos nuestro C.J.M., veremos que por lo general estos son los casos en que la supresión del infractor se prevé como consecuencia del delito. Se trata de conductas que por su extrema gravedad atentan contra la "moral" del grupo, de tal modo que la única solución que se impone es la muerte del autor, porque es la única medida que frente a semejante violación de las leyes del grupo en circunstancia tan extrema y peligrosa, puede satisfacer psicológi-

camente la reclamación proveniente de la tremenda represión que se impone el resto de sus integrantes para afrontar empresa tan peligrosa como dolorosa.

§ 122. En un estudio ya clásico de la psicología criminal, en que desde el ángulo psicoanalítico se contempla tanto al delincuente como a sus jueces, se parte de que comportarse conforme a las pautas jurídicas siempre requiere reprimir tendencias instintivas, lo que importa un grado de sacrificio y, por consiguiente, quienes se ajustan a esas pautas, reclaman que se castigue a quien no fue capaz de realizar esa cuota de sacrificio, y tanto mayor será su reclamo cuanto mayor sea la cuota de sacrificio que los que no afectaron al derecho debieron realizar para ajustarse a él (v., Alexander y Staub). En la coexistencia cotidiana puede hacerse racional este mecanismo y, por ende, darle a la pena un límite comprensible y una finalidad resocializadora. En la situación de necesidad tremenda o enorme, incluso, también puede lográselo, pero esa necesidad puede convertirse en terribilísima cuando no hay certeza de lograr que el mecanismo psicológico llegue al plano consciente, precisamente porque la magnitud de la lesión, es decir, la falta de represión instintiva es tan enorme, y la represión —autosacrificio— que se impone a los integrantes del grupo se halla tan fuera de lo común, que no "castigar" el crimen con la muerte introduce el serio peligro de una disgregación del lazo vinculante que lleva a los integrantes del grupo a continuar reprimiendo sus tendencias instintivas, entre las cuales no puede negarse como la más natural, la de su propia conservación y seguridad, que pese a todo lo arduo que resulta, controlan merced a ese lazo "libidinal" que hay en el grupo.

Quien haya perdido su casa en un terremoto, en-

el que también haya visto despedazarse parte de su familia, tenga el suficiente valor de incorporarse a una patrulla de salvamento, remueva escombros con riesgo permanente para su propia vida, domine la impresión del dolor ajeno y la propia fatiga física, es un individuo que está haciendo un enorme esfuerzo de represión. Si ese hombre ve que otro, al mismo tiempo se dedica a apoderarse de las alhajas y del dinero de las víctimas y ante esta conducta sólo se reacciona con el procedimiento y la pena del hurto calificado del C.P., muy pocas ganas le restarán para seguir haciendo semejante esfuerzo, y pronto comenzará a sentir miedo por él mismo, desesperación por lo perdido, intolerancia psíquica ante el dolor y física ante el esfuerzo, se disolverá el lazo que lo mantiene unido al grupo de salvamento y desertará, presa de sí mismo, como único objeto valioso en la emergencia. Si bien esto no puede predecirse con exactitud en cada caso particular, sin duda que será la regla mayoritaria.

Pese a que nuestro C.J.M. es de factura bien antigua, puesto que Bustillo se inspiró en los códigos españoles y Sacheri no alteró sustancialmente aquella estructura, en él, la supresión del delincuente (hoy mal llamada "pena de muerte") tiene en general el sentido de una situación o estado de necesidad inculpante, en el caso de que, por la vía hipotética en la que venimos trabajando, es decir, poniendo de momento entre parentesis a la institución armada, el imaginario grupo de habitantes se enfrentará a los supuestos que el C.J.M. contempla, sin perjuicio de requerir un análisis más particularizado, que de inmediato haremos.

De allí que, como debe satisfacer una demanda que proviene del sacrificio de los integrantes del grupo y que se impone como necesidad para que lo

sostengan, la supresión del delincuente deba ejecutarse ante tropa formada y también ante esta tropa se haga efectiva la degradación, es decir, el signo externo de expulsión del grupo, que es de vital importancia para sus integrantes (art. 476, C.J.M.). A ello obedece que se cargue de infamia al traidor, exteriorizándola mediante el fusilamiento por la espalda (art. 530, C.J.M.) y que no tenga aplicación cuando haya transcurrido cierto tiempo desde el hecho (cinco años, art. 615, inc. 1, C.J.M.), puesto que el reclamo inconsciente del grupo habría pasado.

§ 123. Pocas afirmaciones son más erradas que la que pretende ver en la muerte del delincuente militar una medida intimidatoria. Su muerte no está dirigida a intimidar, sino a mantener el vínculo del grupo, la mal llamada "moral" del cuerpo. Los que afirman que su fin es intimidatorio pasan por alto que el soldado no avanza porque su superior le apunta, porque un ejército no es una pirámide en que los de arriba van apuntando a los de los escalones inferiores. La intimidación infunde *miedo* y el miedo es una emoción perturbadora de la razón.

La muerte del delincuente con fin intimidatorio sería una medida cruel y la crueza en el trato en lugar de fortalecer la "moral" del cuerpo, la debilidad. Pocos errores pueden ser tan graves en sus consecuencias prácticas como la imposición de la disciplina por el miedo y, por ende, por la crueza. "El militarismo prusiano —decía Freud— ha experimentado quizá las consecuencias de tal error en la Gran Guerra. Las neurosis de guerra que disgregaron al ejército alemán representaban una protesta del individuo contra el papel que le era asignado en el ejército y, según las comunicaciones de E. Simmel, puede afirmarse que la rudeza con que los jefes trataban a sus hombres cons-

tituyó una de las principales causas de tales neurosis" (Freud, I, p. 1132). Nuestro C.J.M. trata de evitar que la muerte del delincuente se convierta en una残酷idad contraproducente, haciendo que cuando la presencia de cualquier atenuante puede acallar el mecanismo psicológico que la demanda para conservación del grupo, ésta no se aplique, puesto que deja de ser necesaria (art. 583, C.J.M.), como también tratando de reducir al mínimo la posibilidad de error, que es absolutamente contraproducente para el espíritu de cuerpo, porque el inocente muerto pasa a ser víctima, con la cual se identifican psicológicamente los integrantes del mismo, volviéndose sus demandas contra los ejecutores. Una sentencia cruel y un error judicial, tienen siempre "un efecto provocador", y aunque por miedo callen todos, ése será siempre "el silencio lúgubre anterior a la tormenta. Tras el silencio se ocultan las nubes tempestuosas de los instintos en rebeldía" (Alexander y Staub, p. 26). De allí que sea prudentísimo nuestro art. 584, C.J.M., cuando prohíbe ordenar la muerte del delincuente fundándose en "ninguna presunción, por vehemente que sea".

VIII. LOS CASOS EN QUE EXISTE LA EXCEPCIONAL NECESIDAD DE DAR MUERTE AL DELINCUENTE.

§ 124. Continuando siempre con la hipótesis que hemos elaborado al mero efecto expositivo, es decir, dejando entre paréntesis a la institución armada y suponiendo que juzgamos la conducta de los integrantes del grupo de habitantes de la Nación que ante el cataclismo y la ausencia de autoridad asumen espontáneamente la heroica tarea de frenar el desastre, pasaremos a considerar dogmáticamente sus conduc-

tas en caso de que hubiesen procedido a dar muerte a ciertos autores, en los supuestos de hecho previstos por el C.J.M.

§ 125. a) Ante todo, hay *dos casos en que el C.J.M. autoriza a dar muerte a los infractores en el acto*. Uno de ellos está previsto en el art. 137: "Cuando los bandos impongan la pena de muerte con el fin de reprimir el saqueo, violación, incendio u otros estragos, se podrá hacer uso de las armas en caso de que el culpable sea sorprendido *in fraganti*, y que no se entregue a la primera intimación o haga armas contra la autoridad".

El supuesto aquí previsto puede abarcar casos de legítima defensa propia (art. 34, inc. 6, C.P.), como cuando el delincuente "haga armas contra la autoridad", como también de legítima defensa de terceros (art. 34, inc. 7, C.P.) puesto que, siendo sorprendido *in fraganti*, vale decir en la ejecución misma del hecho, bien puede ser el uso de las armas el medio racionalmente necesario para impedir su consumación o para evitar la continuación o incremento de la lesión al bien jurídico tutelado. También puede tratarse de una necesidad inculpante: enfrentando el grupo a la necesidad de parar la catástrofe puesto que debe tratarse de una necesidad terriblemente dada la legislación por bandos— bien puede acontecer que sus integrantes se encuentren requeridos de atender múltiples casos de análoga gravedad, circunstancia que no permite que en caso de no entregarse el delincuente en forma inmediata, emprendan su persecución, porque en tanto, se irían realizando otras múltiples conductas que importan agresiones ilegítimas, es decir, se seguirían produciendo afectaciones a bienes jurídicos, lo que coloca a los sujetos en la disyuntiva de perseguir a los delincuentes o de

impedir el avance del desastre que, de no controlarse también les arrastraría a sus consecuencias. Tal circunstancia configuraría una necesidad inculpable encuadrable en la segunda hipótesis del inc. 2 del art. 34, C.P. Con ello queda claro que la posibilidad de hacer uso de las armas no es una potestad arbitraria en el caso, sino que elimina el delito sólo en los supuestos en que converjan los requisitos de la justificación (art. 34, incs. 6 o 7, C.P.) o de la inculpabilidad (art. 34, inc. 2, 2a. parte, C.P.). Excepción hecha, pues, de estos supuestos extremos, nada elimina la delictuosidad de dar muerte en el acto al infractor al bando militar, sin el procedimiento previo que el propio C.J.M. establece en sus arts. 138 y 139.

El otro supuesto es el del art. 759, al que ya nos hemos referido. Requiere que haya guerra desde que el hecho debe tener lugar en combate o en presencia del enemigo. La conducta del infractor puede consistir tanto en huír como en hacer "tales demostraciones de pánico que ponga a las tropas en peligro inminente de contagio", de manera que se trata de una conducta disgregadora del grupo en el momento en que precisamente el peligro alcanza su máximo grado de actualidad. Puede tratarse de una legítima defensa, por la agresión injusta que la huída representa para la cohesión del grupo, pero también puede constituir un estado de necesidad inculpante, que demanda la muerte del sujeto dada la alternativa entre su vida o el desbande por pánico. Que la muerte del delincuente nunca es una pena, resulta en este caso más que evidente, puesto que en muchos casos el muerto será un inimputable, actuando bajo los efectos de un miedo insuperable que alcanza al trastorno mental transitorio (art. 34, inc. 1, del C.P.).

El art. 759, C.J.M., dice "podrá ser muerto en el mismo instante", lo que no indica por parte de quién, cabiendo la posibilidad de que lo sea por un inferior, como expresamente lo prevé el art. 525, C.J.M. El verbo "podrá" tampoco puede interpretarse aquí en el sentido de conferir una potestad arbitraria, sino que estará limitada por la necesidad de conjurar en forma inmediata —es decir, que no admita dilación alguna— el peligro para la cohesión y capacidad operativa del grupo.

La segunda parte del art. 759, C.J.M., dispone que "la aeronave o formación aérea que en combate se aparte o huya del mismo, sin causa justificada, podrá ser atacada y destruida". Semejante disposición sólo puede ser admisible si tal conducta implica un inevitable desbande de tropas, que la única manera de evitar es reforzando la cohesión de las tropas de tierra o mar con una medida tan drástica, porque en la aeronave o formación aérea puede haber militares que para nada hayan tomado parte en la decisión de apartarse o huír y que tampoco hayan podido influir sobre los responsables para evitarlo o impedirlo. La única razón por la cual un ataque semejante no sería delito es el amparo de la segunda parte del inc. 2 del art. 34, C.P., vale decir, la necesidad imperiosa de mantener por ese único medio disponible la ligazón emocional de la tropa y evitar el pánico generalizado.

§ 126. b) Hay casos en que el C.J.M. establece como *única consecuencia del delito* la muerte del autor. En general se trata de supuestos que dan lugar a una necesidad terribleísima en tiempo de guerra, y frente al enemigo extranjero, en los que, efectivamente, sería muy difícil que la conducta típica, antijurídica y culpable del autor no ponga en peligro la existencia del grupo por afectar, mediante el mecanismo psicológico que en su forma más esquemática hemos re-

ferido, la ligazón emocional de identificación con el grupo humano. Los supuestos contemplados son los de traición con resultado gravísimo (art. 621); instigación a una potencia extranjera para que declare la guerra o realice actos hostiles contra la Nación, cuando la guerra se produjere o los actos hostiles tuvieren consecuencias gravísimas (arts. 626, 627); la rebelión militar frente al enemigo extranjero (art. 643, inc. 1); la pérdida o destrucción deliberada de un buque o aeronave en tiempo de guerra (art. 792); la deserción frente al enemigo extranjero o el pase a sus filas (art. 724, inc. 1); y cualquiera de los casos del referido art. 759 cuando el autor sea habido con posterioridad al hecho. En este último supuesto debemos recordar que cuando la muerte tiene lugar en el mismo acto, para evitar que cunda el pánico y se desintegre el grupo en el momento más actual del peligro, puede llegar a suprimir a un inimputable, pero, pasado ese momento, sería inadmisible que un inimputable sea eliminado o penado en forma alguna, aunque al tratar el miedo como eximiente veremos la cuestión con mayor detalle.

En todos los casos, la lesión al sentimiento o lazo libidinoso —al decir de Freud— que da cohesión al grupo, resulta tan palmaria y tremenda, que es poco menos que inimaginable que la muerte del delincuente no sea el único medio capaz de reparar la lesión que psicológicamente causa el delito en sus integrantes y que sin duda alguna pone en serio peligro la existencia misma del grupo en momentos en que —a causa de lo actualísimo del peligro— es más indispensable su preservación.

En uno de los casos en que la muerte del autor se halla prevista como única consecuencia del delito, la misma no resulta aplicable a la luz de ninguna inculpabilidad y menos aún de ninguna justificación.

Se trata del supuesto de los prisioneros de guerra que sean actores principales de sublevación o motín (art. 869, inc. 1, C.J.M.). Si tenemos en cuenta los conceptos de sublevación (art. 697, C.J.M.) y de motín (art. 683, C.J.M.) veremos que no requieren que haya peligro para la vida de nadie, de modo que el art. 859, C.J.M., prevé la muerte de un prisionero de guerra por un mero acto que afecta la disciplina, y lo hace en forma inflexible, sin distinguir el supuesto en que ello pudiera ser necesario del otro en que no hubiese necesidad alguna de una supresión física. Cuando la muerte del prisionero no se justifique por legítima defensa, como medio necesario para reprimir el motín o la sublevación, o para salvar la vida del propio personal militar o de bienes atacados por los amotinados o sublevados, la muerte del prisionero de guerra, aunque fuere actor principal del hecho, sería un homicidio. Por otra parte, el C.J.M. somete al prisionero de guerra a sus disposiciones, pero no por ello puede violar la norma constitucional de igualdad ante la ley. Además, pocas dudas caben de que el vínculo que da cohesión moral al grupo se afecta más, en tiempo de guerra, cuando estos delitos los cometen los propios militares que los prisioneros de guerra. La disposición del art. 869, previendo en cualquier caso la muerte del prisionero de guerra como única consecuencia, es una mera represalia que no puede admitirse, puesto que ningún género de necesidad la justifica ni la exculpa.

§ 127. c) En la enorme mayoría de los casos —más de cuarenta— se prevé una o más penas o la muerte del delincuente, como consecuencias alternativas del delito militar.

En uno de estos casos, el tipo es directamente inconstitucional: se trata del art. 868, C.J.M., que

pena o dispone la muerte de "los oficiales prisioneros de guerra, puestos en libertad bajo promesa de no volver a la lucha, que fueren tomados con las armas en la mano". Si bien la Convención de Ginebra de 1949 prevé el caso, nuestro derecho interno exhibe una flagrante violación al principio de igualdad ante la ley, porque el derecho penal militar argentino no puede reconocer validez, por parte de un militar enemigo, a una promesa que le prohibe formular a un militar argentino, por considerarla contraria al honor militar (art. 767, inc. 1, C.J.M.).

En los casos restantes en que la muerte del delincuente es una alternativa que el C.J.M. pone frente a la pena, se trata por regla de supuestos que tienen lugar en tiempo de guerra y muchos de ellos frente al enemigo: espionaje en tiempo de guerra (art. 632), actos hostiles no autorizados que provocan la guerra o represalias graves (art. 638), ataque al superior frente al enemigo (art. 656), coacción al superior para que haga u omita un acto del servicio en tiempo de guerra (art. 662), irrespetuosidad e insubordinación frente al enemigo (arts. 663 y 667), violencia armada contra centinelas en tiempo de guerra (art. 670), resistencia violenta contra una patrulla que cumple consigna en tiempo de guerra (art. 671), desobediencia con consecuencias graves (arts. 677 y 678), emprendimiento innecesario de operaciones de guerra con consecuencias graves (art. 706), abandono del servicio frente al enemigo (art. 771), abandono del puesto, dormición, ebriedad o incumplimiento de consigna por el centinela frente al enemigo (arts. 731, inc. 1; 732, inc. 1; 733, inc. 1; y 735), omisión de alerta frente al enemigo (art. 734), omisión de auxilio o de solicitud del auxilio necesario con consecuencias graves en tiempo de guerra (art. 747), capitulación sin

resistencia frente al enemigo extranjero o adhesión a la ajena capitulación sin resistencia (arts. 748 y 750), retirada sin resistencia frente a enemigo extranjero (art. 749), no incorporación a las fuerzas por parte de los paracaidistas en operación de guerra (art. 759, inc. 2), falsa alarma frente al enemigo (art. 762), infidelidad con órdenes o despachos escritos con consecuencias graves en tiempo de guerra (art. 773), omisión de llevar pliegos confiados sobre operaciones en tiempo de guerra (art. 775), separación de la navegación en escuadra frente al enemigo (art. 797, inc 3), omisión del comandante de inutilizar el buque varado (art. 800, inc. 1), negligencias con graves consecuencias por parte de los comandantes de buques en tiempo de guerra (art. 808), deterioro o daño doloso en buques y armamentos en tiempo de guerra (arts. 809 y 819), privación de bienes militares con consecuencias graves en tiempo de guerra (art. 824), omisión de provisión y armamento intencionalmente dirigida a afectar la defensa en tiempo de guerra (art. 839, inc 1) y defraudación militar en tiempo de guerra (arts. 845 y 846).

§ 128. Tal como ya lo expresamos, a los integrantes del imaginario grupo de habitantes que asumiera la defensa frente a la catástrofe, las conductas más lesivas de los deberes que se hubiesen impuesto les debilitarán los resortes psicológicos necesarios para mantener el tremendo esfuerzo de seguir cumpliéndolos, porque un mecanismo no consciente, pero inquestionablemente real, en caso de que el máximo peso de la coerción no caiga contra aquel que tan tamaña infracción ha cometido, que en forma tan abierta y brutal ha dejado prevalecer su instinto más egoísta, le lleva a experimentar al hombre cumplidor del deber, un relajamiento de su propias inhibiciones: "La inhibi-

bición del instinto se ha prestado a cambio de nada. Y así surge la rebeldía, en que late la resolución de resarcirse, desencadenando los instintos frenados hasta entonces". Nadie puede ignorar que "el hombre que continúa siendo honrado aun cuando el mundo perezca, es decir, cuando a su alrededor la humanidad derrumba las barreras sociales, no representa, ciertamente, la regla general" (Alexander y Staub, ps. 25 y 61). Esto sucede con las inhibiciones que a todos nos impone la simple necesidad de coexistir que se traduce en las prohibiciones del derecho penal común. Pensemos en la magnitud mucho mayor del fenómeno cuando se trata de inhibir instintos que son enormemente más poderosos, tal como se impone en la situación de necesidad tremenda como es la guerra (o terribleísima como puede darse en combate frente al enemigo), donde se hace menester reprimir el miedo —que todo hombre normal siente— y hasta la normal tendencia a preservar la propia vida. Es innegable que cualquiera de las conductas descritas puede debilitar los frenos inhibitorios del grupo, que están exigidos al máximo, especialmente cuando —como acontece en la mayoría de los supuestos contemplados— la conducta haya tenido consecuencias gravísimas.

§ 129. No obstante, *en todos estos casos puede suceder también que, dadas las circunstancias concretas, la marcha general de la guerra, la magnitud de la alarma, etc., la supresión física del delincuente no se imponga como una necesidad para la supervivencia del grupo ni para la obtención de sus fines*. Cuando así sea, en modo alguno podría afirmarse que el inc. 2 del art. 34 del C.P. amparase el homicidio en la persona del infractor, porque ningún mal inminente y grave estaría amenazado a los integrantes del gru-

po. En ese supuesto, por innecesaria, la muerte del infractor sería un delito, dado que bastaría con que se le impusiera un castigo menor.

§ 130. *d)* Por último, hay algunos pocos casos en que el C.J.M. autoriza la supresión del delincuente sin exigir que el hecho tenga lugar en tiempo de guerra o sea desencadenante de ésta o de un mal equivalente. Se trata de delitos militares que pueden cometerse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, pero en los que el C.J.M. no reserva la alternativa para el caso de guerra, sino que también la contempla como tal para el tiempo de paz. Así, el mero ataque al superior frente a tropa formada con armas (art. 656, C.J.M.). Por otra parte, la muerte o lesiones graves al superior en acto de servicio de armas (art. 657, C.J.M.), incluye supuestos que pueden tener lugar en tiempo de paz, puesto que el servicio de armas abarca tanto actividades de tiempo de paz como de tiempo de guerra (art. 879, C.J.M.), el maltrato de obra al superior con resultado de muerte (art. 658, C.J.M.), el motín con derramamiento de sangre (art. 686, inc. 1), la omisión de auxilio a buque o aeronave en peligro con resultado de pérdida del mismo (art. 798), y la omisión de solicitar el auxilio necesario que cause la pérdida de la unidad (art. 799), ciertas omisiones de comandantes de buques (art. 800, incs. 2, 3 y 4), estragos con resultado de muerte (art. 828) y daños con consecuencias graves (art. 829).

Entendemos que en todos estos casos, por graves que sean las conductas y sus consecuencias, no puede darse muerte al delincuente en tiempo de paz, porque no existe la necesidad terribleísima, sino una necesidad enorme y potencial. El proceso psíquico que demanda la supresión de la vida del infractor en la guerra, como único medio para evitar la desintegración

del grupo, no es de naturaleza racional, porque no es consciente. *En tiempo de guerra*, y más aún en combate o en presencia del enemigo extranjero, será en muchos casos prácticamente imposible apelar a la razón, hacer conscientes esos mecanismos, y el único camino que restará —impuesto por la necesidad terriblemente de matar o morir— será el reforzamiento de los procesos inconscientes, apelando incluso a la supresión física del delincuente, cuando ella sea la única medida disponible como estrictamente necesaria para impedir el relajamiento inconsciente de las terribles inhibiciones a que están sometidos los integrantes del grupo y la consecuente disgregación del mismo. Pero en tiempo de paz, al igual que en tiempo de guerra cuando la muerte del delincuente no se imponga como necesaria a ese efecto, el derecho penal militar no se encuentra enfrentado a ninguna necesidad terriblemente y, por consiguiente, como todo el derecho, no puede apelar a la irracionalidad para conservarse ni para imponerse. Allí hay tiempo y ocasión para apelar a la razón y hacer conscientes los procesos inconscientes que reclamen venganza y castigo, exhibiéndolos como irracionales. Eso es parte de la educación que debe dársele no sólo al soldado, sino también a todo ciudadano, porque el éxito de una posibilidad de coexistencia se obtiene únicamente por la razón; los restantes medios son meros controles de conducta bastante endeble, aunque su apariencia de éxito inmediato pueda señalar otra cosa. Controlar conducta satisfaciendo las imposiciones provenientes de los procesos inconscientes de los que tienen deberes a su cargo, es sólo admisible cuando no resta ninguna alternativa, como acontece en algunas circunstancias dentro de la guerra, que superan la necesidad terrible y pasan a configurar la necesidad terriblemente, pero fuera

de una eventualidad análoga, nos parece éticamente intolerable.

El soldado que no está sometido a la carga presente de la guerra es un ciudadano que debe saber hacer uso de su razón y alcanzar la comprensión de que la demanda de muerte del delincuente es un deseo compensador vindicativo generado en un proceso inconsciente, que no satisface ninguna necesidad explicable a la luz de la razón. Esto, pese a su preparación y hasta a su profesionalidad, no en todos los casos se le puede exigir al mismo hombre en ciertas circunstancias de guerra o cataclismo, porque los procesos inconscientes no siempre pueden hacerse conscientes y controlarse y, en este sentido, el soldado no es ningún ser especial, pero fuera de esas circunstancias, nada hay que haga necesario recurrir a la残酷 o al tormento de la muerte del delincuente.

IX. LOS EFECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL MILITAR DE NECESIDAD TERRIBLEMENTE.

§ 131. Hasta aquí nos hemos estado valiendo de una hipótesis que en la realidad es absurda, pero que hemos usado por una mera razón expositiva. Quitemos ahora los paréntesis entre los que habíamos dejado a las fuerzas armadas y vayamos al planteamiento completo del problema, que ya estaremos en condiciones de considerar con mayor claridad. Nuestros hipotéticos habitantes no tenían ningún deber jurídico de actuar del modo en que lo habrían hecho. Sus conductas no serían delictivas simplemente por hallarse justificadas o por ser inculpables. Respecto de las causas de justificación, como en su momento vere-

mos, son *permisos* que surgen de cualquier parte del orden jurídico y en función de los cuales se pueden realizar conductas típicas, esto es, conductas que la ley describe como prohibidas y que de no estar amparadas por estos permisos serían delitos. En función de estas causas de justificación, es decir, de estos permisos, no serían delitos las acciones de los hombres que actuasen en nuestros ejemplos al amparo de los *preceptos permisivos de los incs. 3, 6 y 7 del art. 34, C.P.*, quienes no actuarían antijurídicamente, sino conforme a derecho.

§ 132. Los que actuasen violentados por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (inc. 2 del art. 34, C.P.) incurrirían en un injusto, con la salvedad de que lo harían *inculpablemente*. La culpabilidad es, como veremos luego también, el reproche que se hace al autor de un injusto por no haberse motivado en la norma cuando tuvo posibilidad de hacerlo. En todos los casos en que las conductas de los imaginarios habitantes de nuestros ejemplos tuvieran por resultado la muerte de alguien, salvo que fuese en legítima defensa, su acción habría sido típica y antijurídica, es decir, contraria al derecho, pero no sería delito, porque no se les hubiese podido exigir, dado lo terriblemente de la necesidad, que se motivasen en la norma. Habrían actuado, pues, al amparo de un *estado de necesidad inculpante*.

§ 133. En cuanto a los supuestos de justificación, dado que son casos de "permisos", nuestros imaginarios habitantes hubiesen actuado conforme a derecho, es decir, jurídicamente, tanto en el caso en que hubiesen hecho uso del permiso como en el que se hubieran abstenido de hacerlo. Nadie está obligado a defenderse legítimamente, sólo que si lo hace, su conducta típica no es antijurídica. En lo que hace a

los casos de *inculpabilidad por estado de necesidad inculpante*, dado que la conducta de nuestros imaginarios habitantes sería antijurídica, o sea, que sólo sería inculpable, cualquiera podía haber defendido legítimamente la vida de las víctimas del injusto y el actuar del que así lo hubiese hecho, sería conforme a derecho.

§ 134. Pero en cuanto quitamos los paréntesis entre los cuales habíamos colocado a las fuerzas armadas y las mismas acciones justificadas o inculpables de nuestros imaginarios habitantes las atribuimos a militares, veremos que ya no se trata de acciones justificadas o inculpables, sino de verdaderos casos de cumplimiento de un deber jurídico, puesto que el comandante de la zona de operaciones no tiene el "derecho" a promulgar un bando militar, sino que cuando ello sea necesario para el desarrollo de las operaciones tiene el deber jurídico de hacerlo, puesto que de no hacerlo incurría al menos en la negligencia del art. 740, C.J.M., o en la del art. 737. El militar tiene el deber jurídico de hacer todo lo necesario para el éxito de la operación, y en caso contrario le cabe una pena. La "facultad" de hacerlo o de no hacerlo es una *discrecionalidad técnica o táctica*, que no debe confundirse con un permiso jurídico. Así como hay reglas del arte médico también las hay del arte militar, y siempre que el militar que tenga poder de decisión actúe conforme a ellas habrá cumplido con su deber, aunque desde otra escuela, corriente o teoría táctica, se le discuta su acierto. El derecho penal militar no toma partido por escuelas tácticas, siempre que las opiniones sean discutidas y tengan vigencia, pues esas son cuestiones técnicas, pero la discrecionalidad técnica no es arbitrariedad jurídica: cuando a la luz de cualquier teoría táctica aplicable a la situación o

de la que se sigue y cuya coherencia no se puede interrumpir, el bando es necesario, el militar tiene el deber de promulgarlo.

§ 135. Más grave es aún la diferencia entre nuestros hipotéticos habitantes y el militar en los casos en que para los primeros es una necesidad inculpante dar muerte a otro. *En esos mismos casos para el militar se trata también del cumplimiento de un deber jurídico.* Incurriría en la pena del art. 740, C.J.M., el militar que perdiese una operación por no obrar en la forma del art. 759, y que dejase que sus tropas se desbandasen frente al enemigo o en el combate. Aquí, puesto que el militar obra en cumplimiento de un deber jurídico, estaría obrando conforme a derecho, y en modo alguno podría admitirse que alguien actuase en legítima defensa contra él, porque el que actúa conforme a derecho (cumpliendo con el deber que el derecho le impone) no comete ninguna agresión ilegítima.

Sintetizando lo dicho: *la necesidad terribilísima hace que surja un derecho penal militar de excepción, en el cual asume la calidad de deber jurídico-militar la realización de conductas que, en igual necesidad, para cualquier habitante de la Nación que no revistiese ese carácter, sería una acción amparada por una causa de justificación o por una causa de inculpabilidad.*

X. LA RAZÓN DEL FENÓMENO.

§ 136. ¿Por qué lo que para cualquiera es inculpable o justificado, para el militar en necesidad terribilísima es cumplimiento de un deber? ¿Cómo puede explicarse este fenómeno jurídico con base fáctica en la necesidad terribilísima?

Aquí, las explicaciones no son concordantes en la doctrina penal, porque frecuentemente se confunde el cumplimiento de un deber jurídico con las causas de justificación y se lo identifica con una de ellas, y también porque se llega a admitir que puede haber "colisión de deberes jurídicos". Volveremos más *in extenso* sobre el tema al ocuparnos de los caracteres del delito militar, pero, de momento, digamos que el cumplimiento de un deber jurídico no es una causa de justificación, porque no lesioná ninguna norma prohibitiva al amparo de un precepto permisivo, sino que directamente queda fuera del alcance prohibitivo de la norma, porque como el derecho es un orden coherente, las normas prohibitivas no se establecen ignorándose mutuamente, sino reconociéndose, en forma tal que se recortan entre sí, no prohibiendo el tipo todo lo que literalmente parece alcanzar en su prohibición, sino sólo lo que debe entenderse por prohibido a la luz de la consideración de su norma considerada englobada dentro de todo un orden normativo, es decir, conglobadamente. En otras palabras, la tipicidad, o sea la adecuación de la acción a una descripción típica, es legal (adecuación literal a la descripción de la conducta prohibida) y también conglobante (adecuación a lo prohibido por la norma considerada en forma conglobada, o sea, no aislada del orden de que forma parte). De allí surge que no puede ser típica una conducta que al mismo tiempo sea ordenada, porque el derecho no puede prohibir en una norma lo que ordena en otra, no puede conminar penalmente a alguien porque hace lo que en otra norma le conmina porque no hace. Eso no sería un orden sino un manicomio de normas manejado por los psicóticos.

El problema jurídico es que si la conducta del militar, que le está ordenada jurídicamente como deber de carácter jurídico, queda fuera del tipo, aparece

como conforme a derecho, es decir, como jurídico, que un hombre se valga de la vida de otro como un medio; lo que contradice principios elementales del derecho, sostenidos por el Cristianismo desde los buenos tiempos de la Patrística y refirmados desde el campo del racionalismo por el criticismo, particularmente kantiano: *todo hombre debe ser considerado como un fin en sí mismo y nunca como un medio*.

§ 137. Este principio debe ser clarificado, porque no significa que el hombre "sea" un fin en sí mismo, sino que el derecho debe considerarlo "como si fuese" un fin en sí mismo, desde que los fines trascendentes del hombre sólo se pueden conocer por la fe, pero no por la razón, y nuestro derecho positivo no se funda en la fe —como el de ningún pueblo civilizado de nuestra tradición cultural— sino en la razón. De allí que nuestra C.N. no se limite a establecer la "tolerancia de cultos", que importa tanto como decir que hay una verdad y que se tolera a los que se hallan en el error, sino la libertad de cultos, que es muy diferente; de allí que la Nación Argentina "sostenga" el culto que practica la mayoría de sus habitantes y que responde a su más pura tradición cristiana, pero que no lo proclame "religión de Estado". Esto importa tanto como reconocer la autonomía de conciencia del hombre y rechazar de plano cualquier fundamento trascendente que lo ponga a nivel de un instrumento, es decir, de una cosa. El hombre se "cosifica" y pierde su dignidad de persona cuando el Estado lo considera un medio al servicio de fines que le trascienden (raza, dictadura del proletariado, reino de Dios en la tierra, etc.). La coexistencia humana se funda, precisamente, en reconocerle al otro la alternidad, o sea, a dar al "tú" el carácter de un ente semejante en cuanto a tener una conciencia moral, la que debo res-

petar en tanto respete mi "yo": de allí la necesidad de considerar al hombre como un fin en sí mismo para establecer la coexistencia de todos sobre una base racional (cfr. Wójtyla, ps. 16 a 18).

§ 138. Desde que la conducta del militar que usa la vida ajena para evitar una amenaza grave contradice el precepto fundamental del derecho racional que ordena tratar al hombre como un fin y nunca como un medio, parece que es conforme a derecho la conducta que hace del hombre un mero instrumento, es decir, una cosa que sirve a otros fines.

Esto es lo que ha desconcertado los planteamientos en torno del problema y ha llegado a afirmarse que en esos casos hay "conflictos de deberes", resolviendo la cuestión sobre la base de que quien se halla en la encrucijada entre cumplir con uno u otro deber sólo es inocupable. Tal solución llevaría al absurdo de afirmar que como el militar que dispone la muerte del delincuente en función de la necesidad terribleísima sólo actuaria inculpablemente y, por ende, si alguien incluso sus propios subordinados, se amotinasen y desconociesen su orden, estarían actuando conforme al derecho, porque lo harían en legítima defensa del que se quiere ejecutar. Si un bando dispone severas sanciones para quienes violen un oscurecimiento y durante el mismo una patrulla descubre a un sujeto sobre una torre encendiendo distraídamente una pipa con un farol, sin que le quede otro remedio que dispararle para evitar un ataque aéreo inminente y con ello una masacre de población civil, un tercero podría disparar contra la patrulla en legítima defensa del irresponsable que está en la torre.

Semejantes conclusiones son absurdas e intolerables. El militar que descubra a quien sin saber lo que hace estuviese a punto de accionar un mecanis-

mo que provoca la liberación de energía nuclear en cadena, no pudiendo por cualquier motivo advertirle que cese en su accionar —v. gr. porque es sordo y no se le pueden hacer señales por otro medio— no teniendo otro recurso para impedirlo que dispararle y lesionarlo o matarlo eventualmente, podría ser muerto en legítima defensa por un tercero que disparase a su vez sobre el militar.

El problema no puede resolverse por esta vía, pero tampoco puede abandonarse la preceptiva que se desprende de la consideración del hombre como un fin en sí mismo, es decir, como una persona con autonomía moral a la que no puede cosificarse o mediatisarse, reduciéndola a una mera herramienta al servicio de otros fines.

§ 139. La explicación, que particularmente nos interesa en el caso en que el derecho penal militar de excepción convierte en deber jurídico lo que para el resto de los habitantes es mera inculpabilidad, finca en que *no es el militar el que se encuentra en la situación de inculpabilidad, sino el Estado mismo*. Hay un conflicto de bienes jurídicos que hace que el Estado se encuentre frente a encontrados deberes, pero es el Estado el que se encuentra en la encrucijada jurídica y no el militar. Si hay alguien inculpable en la emergencia prevista por el derecho penal militar de excepción es el Estado, no el militar que cumple con el deber jurídico que el Estado le impone. En los ejemplos de nuestros imaginarios habitantes, éstos actuaban inculpablemente porque eran ellos mismos los que estaban en peligro, pero el militar que va a asumir el comando de la zona de operaciones no está en peligro. El mariscal Joffre no estaba en peligro cuando el ministro de Defensa le fue a buscar en su retiro de Romilly, ni tampoco lo estaba el má-

riscal von Hindenburg cuando se hallaba en una pensión de Hannover y un despacho imperial lo llamó a la cabeza del Ejército del Este. Lo que se pretende que para un militar es inculpable no se funda en la disyuntiva propia entre salvarse o matar, sino en el pretendido “conflicto de deberes”. ¿Pero, qué es este “conflicto de deberes”? ¿Cómo puede haber un “conflicto de deberes” dentro de un *orden normativo*? ¿Qué duda puede caberle al militar de que debe cumplir con su deber militar? ¿No es acaso claro que hay un deber que restringe al otro? Si un deber desplaza al otro, ¿dónde está el conflicto? Para el militar no hay ningún “conflicto de deberes”, sino que el único “conflicto” lo tiene el Estado, que a la vez que debe preservar la seguridad nacional tiene que tratar al hombre como si fuese un fin en sí mismo. Este conflicto no puede quitárselo el Estado de sus hombros y descargárselo al militar con el simple recurso de imponerle un deber y decir luego que se halla en una situación de inculpabilidad que el mismo Estado le habría creado. La responsabilidad por el “conflicto” debe resolverla el propio Estado y asumir las consecuencias de la solución que le dé al mismo.

§ 140. Sin embargo, el problema no tendría solución alguna dentro de la tesis de quienes pretenden que existe un “injusto objetivo”, es decir que un delito es un “hecho”, la producción de un resultado antijurídico, y que siempre habrá de ser antijurídica la conducta de todo el que causó el resultado señalado. Con este criterio, nadie puede cometer un delito valiéndose de alguien que actúa conforme a derecho, porque como el que se interpone para que cause el resultado también causa el resultado antijurídico, también actuará antijurídicamente. Por lo tanto, si el Estado llega a tratar a un hombre como medio,

aunque lo haga inculpablemente, estará actuando antijurídicamente y no podrá hacerlo de otra manera aquél respecto del cual se vale mediante la imposición de un deber jurídico. De allí que dentro de esta tesis no podía explicarse por qué se le niega el derecho a defenderse legítimamente a quien viene a ser detenido por un agente de seguridad en razón de una falsa denuncia, porque el hecho de que el agente actuase conforme a derecho y en cumplimiento de una obediencia debida, no hacía jurídica su conducta. Por ello, algún sector de nuestra doctrina nacional llegó a caer en un idealismo extremo al sostener que quien actúa en cumplimiento de un deber jurídico no realiza conducta, es decir que en nuestro caso, las acciones del militar no serían acciones, sino que constituirían hechos análogos a los protagonizados por un epiléptico en crisis o por quien es empujado por el viento o por el agua.

§ 141. Si dejamos estas tesis idealistas y partimos de una base realista no ingenua de análisis, no nos será difícil llegar a la conclusión de que un delito es siempre —y antes que nada— una acción humana y que el desvalor de la acción es una cuestión eminentemente personal, de modo tal que la posibilidad de realizar una acción antijurídica valiéndose de un autor que actúa conforme a derecho es perfectamente posible, partiendo de la base del llamado “injusto personal”, es decir, de que lo injusto lo es para cada quien y en determinada circunstancia y siempre sobre la base de su propia y exclusiva conducta. Esto permite que el Estado se descargue con su propia inculpabilidad en el conflicto límite, sin que ello niegue una base antijurídica subyacente en el acto mismo de imponer el deber militar, es decir que el contenido injusto del hecho no está en el acto del militar, sino en el ac-

to político-legislativo de imponerle el deber de suprimir una vida humana.

XI. *EL LÍMITE DEL DEBER JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL MILITAR DE EXCEPCIÓN.*

§ 142. Las cuestiones referidas a la legitimidad de la conducta militar, especialmente cuando se trata de conductas que suprimen vidas humanas, y en especial cuando se trata de terceros inocentes, ha sido una cuestión demasiado debatida como para sintetizar aquí todos los argumentos. Hemos comenzado este capítulo señalando que la necesidad fue frecuentemente la cortesana que prestó sus favores a los crímenes más atroces, no siendo menester insistir en ello ahora, por absolutamente obvio.

La necesidad terribilísima genera una situación en que al Estado no puede reprochársele el acto político penal por el cual pone a cargo del militar, para tales supuestos, deberes jurídicos que convierten en atípica su conducta, pero esto no significa que la misma se trasforme en un argumento hueco para cubrir con un manto de aparente juridicidad los actos más crueles y de los que pueden resultar víctimas las personas inocentes. Todo tiene un límite, y si bien es inquestionable que en la necesidad terribilísima surgen deberes militares propios de la misma, *estos deberes son tales hasta el punto mismo en que al Estado no pueda reprochársele que los imponga*. Con esto hemos llegado al difícil punto en que hay que determinar cuándo termina el derecho penal militar de excepción y comienza la arbitrariedad, o más sintéticamente dicho, en qué punto cesa el derecho y comienza el ejercicio arbitrario del poder y la fuerza.

El Estado puede imponer estos deberes cuando se halla en circunstancias en las que a sus propios

habitantes no se les puede reprochar las conductas que realizaran, porque *no es posible que se permita reprochar a sus habitantes lo que no se reprocha a sí mismo*.

Hoy no cabe duda alguna de que la ejecución de rehenes en represalia es un crimen, porque ha mediado la condenación formal de la misma por la Convención de Ginebra de 1949, pero antes de esto, las resoluciones de los tribunales habían perdido de vista lo reprochable del acto mismo de matar rehenes a título de represalia y habían caído en el grosero error de contar "por cabezas", considerando criminal la represalia sobre rehenes porque la ejecución de 2.200 detenidos es excesiva cuando responde a la represalia por la muerte de 22 soldados, tal como lo entendió un tribunal americano en el proceso al general von Liszt por los hechos de Topola, o como lo consideró el tribunal británico de Roma por la muerte de 335 italianos en represalia por la de 28 soldados alemanes. Con razón se ha afirmado que "las dudas de las doctrinas oficiales habían oscurecido singularmente la criminalidad fundamental de la práctica en sí misma" (Verhaegen, p. 378).

Semejantes dudas, que son francamente incomprendibles frente a conductas que consisten en suprimir vidas ajenas en territorio extranjero, por la simple razón de que no han espiado o delatado a quienes resisten a los ocupantes del propio suelo patrio, sin que siquiera se exija que hayan podido hacerlo en caso de quererlo, puesto que persiguen tanto aterrizar a la población civil como inmovilizar a los resistentes a la invasión para evitar la muerte de su propia población civil, son inadmisibles en cualquier manifestación jurídica contemporánea. Si el Estado argentino considera traidor a la Patria al argentino que favorece al enemigo que la invada, no puede forzar a que traicio-

ne la suya al extranjero que vea a su propia Patria invadida por fuerzas armadas argentinas.

Si nuestras fuerzas armadas tuvieran la necesidad de operar en territorio extranjero enemigo, conservarán todo el derecho a defenderse de las agresiones que sufran, pero no habrá necesidad militar ninguna que exonere de reproche la pretensión de que los ciudadanos extranjeros cooperen con ella y la punición de su falta de cooperación.

§ 143. De cualquier manera, si bien en este sentido la cuestión parece ser hoy clara, hay muy pocas dudas de que su claridad emerge de los principios constitucionales que han regido las líneas fundamentales de nuestro derecho. El límite de la culpabilidad en el caso de amenaza de un mal grave e inminente, que el Estado carga sobre su acto político-penal al imponer el deber jurídico militar en el caso del derecho penal militar de excepción, se pierde en la mayor nebulosa si se pierde de vista que el más alto valor en nuestro orden jurídico es el hombre mismo. En el derecho argentino, tanto por sus tradicionales bases racionales como por la inspiración cristiana que lo guía, no puede trasponerse el límite señalado sin convertir al hombre en una cosa, carente de su condición de persona.

De allí que afirmemos que *como límite del deber jurídico militar debe regir siempre, por terribleísima que sea la necesidad, el criterio de que ese deber surge en virtud de un conflicto gravísimo en el cual el Estado puede disculparse a sí mismo lo que en idénticas circunstancias de necesidad eximiría de culpabilidad a sus habitantes*. Sólo lo que el Estado no puede exigirle —y por no ser exigible no puede reprocharle— a sus habitantes, es lo que no puede reprocharse a sí mismo y, en esa medida, es que puede

valerse de un cuerpo técnico al que cargue con el deber de realizar esas conductas no reprochables. Esta medida es la única que puede surgir de nuestra tradición cultural nacional, uno de cuyos aspectos fundamentales lo configura nuestra historia jurídica.

Este criterio puede o no compartirse, pero quien no lo comparta, atendiendo únicamente al punto de vista de la necesidad puro e irrestricto, debe caer en la cuenta —y por consiguiente admitir en conciencia— que se aparta de nuestra tradición cultural y cae en la idolatría. A este respecto son elocuentes y clarísimas las palabras del Profesor de Lovaina: “Si bien es seguramente posible condenar como absolutamente incompatible con una filosofía fundada sobre el respeto a la persona, la ejecución de rehenes y las represalias, la eliminación de prisioneros desarmados, las torturas, los tratamientos degradantes, por estrictamente subordinadas que estuviesen estas medidas a las necesidades políticas, administrativas o militares, no cabe duda de que la condenación corre el riesgo de perder mucho de su significación si los acusados se proclaman de una ideología diferente, donde el valor del “hombre” es reemplazado por un estado de subordinación directa frente a otros objetivos fundamentales, tales como la pureza de una raza, la integridad de una dinastía, la emancipación de una nación, la salvaguardia de una minoría étnica, la defensa de privilegios sociales o la promoción económica de una clase” (Verhaegen, ps. 381 y 382).

Capítulo IV

EL MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PÉNAL MILITAR

I. PRINCIPIOS A LOS QUE DEBE AJUSTARSE TODA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PE- NAL MILITAR.

§ 144. Si por analogía en derecho penal se entiende completar el texto legal en forma de entenderlo como prohibiendo lo que la ley no prohíbe, considerando antijurídico lo que la ley justifica, o reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no pena, basando la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico-jurídica del derecho penal. Ello obedece a que sólo la ley del Estado es la que resuelve en qué casos éste tiene injerencia resocializadora afectando los bienes jurídicos del penado con la pena, no pudiendo el juez “completar” los supuestos. Como el derecho penal es un sistema discontinuo, la misma seguridad jurídica, que requiere que el juez acuda a la analogía en el derecho civil, para que nunca deje de resolver los conflictos, evitando así toda forma de “justicia por mano propia”, exige en el derecho penal que se abstenga de semejante procedimiento y, por consiguiente, toda vez que el derecho penal militar no es más que un

derecho penal especial, esta premisa fundamental no se altera.

El art. 29 de la C.N. de 1949 consagraba la aplicación retroactiva de la ley penal permanente más favorable al imputado, la proscripción de la analogía y de la interpretación extensiva de la ley penal en contra del imputado y el principio *in dubio pro reo*. El codificador Sacheri incorporó estos principios al texto legal del C.J.M., considerando que no estaba de más hacerlo, "no sólo porque conviene que aquéllas se consignen en el cuerpo de textos en que han de tener aplicación directa, sino también porque no ha de perderse de vista, tanto en este punto como en muchos otros, que el Código de Justicia Militar, por el medio en que se aplica, aun a riesgo de caer quizá en algunas repeticiones que pudieran ser juzgadas como imperfecciones dogmáticas o de técnica jurídica, ha de constituir un todo orgánico que se baste a sí mismo y sobre todo, claro, y de fácil acceso aun para el personal no letrado que interviene en su aplicación".

Lo cierto es que, pese a la derogación de la C.N. de 1949, nuestro C.J.M. repite principios básicos de interpretación de la ley penal militar que se deducen directamente de la C.N. misma, pues rigen desde 1853 para todo nuestro derecho penal —común o especial— tal como el principio de legalidad penal, cuyo art. 575 lo repite en la forma del *nulla poena sine proœvia lege penale*, completándolo con el primer párrafo del art. 576, C.J.M.

La proscripción de la analogía, que es una necesaria consecuencia del principio de legalidad, se establece en el art. 577 en forma muy defectuosa y oscura, trascibiendo prácticamente el art. 561 del Código Bustillo, pudiéndose afirmar que fue éste el autor del mencionado precepto, puesto que estas disposiciones

provienen en general de los códigos españoles, pero allí no se hallaba ninguna análoga al art. 577 vigente.

El principio de legalidad penal surge en nuestro derecho vigente del art. 18, C.N.; o bien de su contrapartida (principio de reserva), que es el art. 19, C.N. y, en última instancia, es una consecuencia ineludible del principio republicano de gobierno. *La proscripción de la analogía no es más que el principio de legalidad mismo*, sin que quepa hacer salvedad alguna al respecto. Sin embargo, la defectuosa redacción de Bustillo hace que parezca posible una excepción. En efecto, el art. 577 dice: "Ninguna sanción podrá ser aplicada por simple analogía, a no ser en los casos en que la ley así lo haya establecido, determinando las disposiciones que servirán para ello". Semejante texto, entendido literalmente, parece establecer que el art. 577, C.J.M. excepciona a la C.N., lo que resulta aberrante.

Si bien la redacción es a todas luces defectuosa, interpretándola de conformidad con la C.N., no podemos olvidar que los sistemas penales de tipos legales y los sistemas penales de tipos judiciales, son meros sistemas "tipos", pero que en forma pura nunca se han dado en la historia ni podrían darse. El sistema de tipos legales, es decir, el nuestro y el de todo el mundo civilizado, nunca puede llegar a un casuismo extremo que logre prever todas las hipótesis posibles, así como nunca existió un sistema de tipos judiciales (como el nacional-socialista alemán o el comunista staliniano) que estableciera que el juez puede declarar delito y aplicar pena a lo que quiera y con el criterio que quiera.

Nuestro legislador penal cerradamente apegado a un sistema de tipos legales, conforme a las disposiciones constitucionales, ni en el derecho penal militar ni en el derecho penal común puede evitar

que al penar algunas conductas se vea en la necesidad de remitirse a alguna regla general con la que el juez debe "cerrar" el tipo, que a aquél no le queda más remedio que dejar abierto. Este fenómeno de los *tipos abiertos* es común en el C.P. y no puede dejar de repetirse en el C.J.M., puesto que se trata de una limitación que no puede superar el legislador penal. De allí que en los casos de culpa, que es donde la impotencia legislativa se hace más evidente, la ley penal militar no pueda menos que referirse a "no tomar las medidas preventivas" o a "negligencia u omisión en el cumplimiento de sus deberes" (arts. 736 y 737), que son disposiciones de la ley penal claramente remisivas a otras leyes materiales, principios o reglas generales del arte militar o disposiciones reglamentarias. Por ende, la única forma en que puede interpretarse el art. 577, C.J.M., en forma que no contradiga la C.N., es entendiéndolo como una previsión referida a los mencionados "tipos abiertos", o sea a aquellos tipos que en cada caso debe cerrar el juez acudiendo a otra norma, que el legislador no puede individualizar particularizadamente en razón de la infinita gama de variables concretas que pueden plantearse.

La analogía es llamada por algunos "integración análogica", distinguiéndola de la "interpretación análogica", en tanto que otros consideran que la integración es una forma de interpretación. No nos ocuparemos aquí de resolver estas cuestiones, que suelen ser bártinias. *Lo que es menester apuntar es que lo que queda proscrito no es la analogía como forma de recurso del pensamiento. El argumentum a simile no tiene porqué ser eliminado del derecho penal.* Cuando aplicamos un principio a cierto grupo de casos, de no haber una disposición legal que nos diga lo contrario, no tenemos por qué abstenernos de aplicarlo a

otros que se hallen en una relación esencial con éste. De no aplicar la analogía en la lógica jurídica, nuestra labor sería prácticamente irrealizable, porque el pensamiento humano acude ineludiblemente a la analogía; la comparación es imprescindible al razonamiento.

Suele distinguirse entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, entendiendo por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad y por la segunda la que la restringe. Creemos que, como regla general, siempre se trata de integrar la ley, la analogía está proscrita, cualquiera fuese el sentido que se le diese, aunque eventualmente puede admitirse la analogía *in bonam partem* para salvar la racionalidad del derecho y, con ella, el principio republicano de gobierno, que exige esta racionalidad.

§ 145. La C.N. de 1949 prohibía interpretar extensivamente la ley en contra del imputado (art. 29), lo que recordaba Sacheri en la *exposición* del proyecto del C.J.M. vigente. Si bien esa C.N. ha sido derogada, cabe preguntarse si en el derecho penal militar tiene vigencia el principio de *interpretación restrictiva de la ley penal*. Este principio es una extensión del *in dubio pro reo* del derecho procesal penal al derecho penal de fondo: en el derecho procesal penal se refiere a la valoración de la prueba, pero en el derecho penal de fondo se impondría, como interpretación más favorable al reo, en cualquier caso en que la letra de la ley penal dejase una duda acerca de su alcance. Por nuestra parte, entendemos que en modo alguno es obligatorio, pero que en función de que el derecho penal siempre es un sistema discontinuo de prohibiciones, es decir, que la materia punible siempre es un supuesto excepcional y nunca una regla; la regla debe ser la interpretación de la ley penal en sentido restric-

tivo de la punibilidad en todos los casos en que la letra de la misma emplease expresiones multívocas. Pe-
se a ello, hay que tener en cuenta que la C.N. nada dispone ni la ley penal ordinaria ni militar tampoco. En lugar, el art. 1, C.N., en función del principio republicano, impone que el sistema interpretativo del derecho dé lugar a un orden coherente, porque de lo contrario violaría la racionalidad que para el mismo consagra ese principio; conforme a ello, cuando una expresión legal sea multívoca, no podrá interpretarse en sentido restrictivo, si de ese sentido se deriva una imposibilidad de interpretación en forma de sistema racional coherente (es decir, lógicamente completo). Por supuesto que todo esto será cuando la expresión legal se presente como *multívoca*, porque cuando la expresión no tolere la extensión de la punibilidad se trataría de una analogía, constitucionalmente proscripta.

§ 146. Por último —pero no por ello menos importante— la pena militar, al igual que la del derecho penal ordinario, es de carácter eminentemente *personal*, lo que se conoce como *principio de intrascendencia de la pena*, es decir, que la pena no puede trascender la persona del autor o del partícipe de la conducta delictiva, privando de bienes jurídicos a terceros ajenos a la misma. Este es un principio que en el actual estadio de nuestra ciencia no requiere mayores consideraciones, pero no sucedió lo mismo en otros tiempos, en que la infamia del reo pasaba a sus parientes, lo que era común en los delitos contra el soberano. De allí que nuestra C.N. al definir la traición contra la Nación establece que la pena “no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se trasmitirá a sus parientes de cualquier grado” (art. 103, C.N.).

Desafortunadamente, sabemos que en la realidad social la pena suele afectar a terceros inocentes, particularmente a los familiares del penado.

El apartado *d* del inc. 2 del art. 579, C.J.M., al disponer que el tribunal, al cuantificar la sanción dentro de los límites legales, debe tener en cuenta la personalidad del agente según “sus condiciones de vida individual, familiar y social”, no es del todo ajeno a este principio, en cuanto la consideración familiar del mismo no puede dejar de tenerse en vista para evitar en lo posible una inútil trascendencia de la pena a los familiares.

El art. 689, C.J.M., parece ser una excepción al principio de intrascendencia de la pena, puesto que reprende como promotor de motín al que levante la voz en sentido subversivo o incite a la comisión de delito hallándose la tropa reunida, pero agrega que cuando no se pudiere descubrir al autor, será “quintada” la unidad o fracción de donde aquélla hubiere partido y reprende a los “quintados” con pena o con sanción disciplinaria, según la gravedad. En realidad no es ninguna excepción al principio, sino que es *una pena por la omisión de denunciar*. No obstante, es discutible la constitucionalidad de esa pena, puesto que debe presuponerse que todos los integrantes de la unidad o fracción conozcan al autor del hecho (dado que no puede haber omisión de hacer lo que no se puede hacer, es decir, de denunciar lo que no se conoce) y, en tales circunstancias, es contrario al art. 16, C.N. (principio de igualdad ante la ley) que no se dé el mismo trato a todos los que incurren en idéntica omisión.

II. LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO MÉTODO CIENTÍFICO DEL DERECHO PENAL MILITAR.

§ 147. Nos acabamos de ocupar de unos principios fundamentales que deben tenerse en cuenta en cualquier tentativa de interpretación de la ley penal militar. No cabe que aquí volvamos sobre cuestiones básicas que hacen a la metodología general del derecho, pero bueno es advertir que la ciencia del derecho, *como cualquier ciencia, es interpretativa*, porque una ciencia no hace más que interpretar hechos. El objeto de la ciencia del derecho es la ley, y el de cualquiera de sus ramas, una parte de la legislación. El objeto de la ciencia del derecho penal militar es la ley penal militar, cuya delimitación hemos hecho al comenzar este capítulo, y su método, el de la ciencia jurídica en general, que en el actual momento sigue siendo el *dogmático*, pese a los continuos embates que siempre ha sufrido por parte de quienes han pretendido —y pretenden— reducir al derecho a sociología, a historia, a antropología cultural, etc.

El método dogmático consiste en analizar semánticamente el texto legal, descomponerlo en elementos mediante ese análisis, determinar las similitudes y diferencias entre estos elementos (que por provenir de la ley no pueden ser alterados, razón por la que se les llama "dogmas") y construir con ellos una teoría que explique cómo opera esa ley frente a todos los casos que puedan presentarse. Esta teoría será científicamente verdadera cuando no padezca contradicciones internas (es decir cuando sea racional o lógicamente completa) y cuando las soluciones a los casos particulares no choquen con la letra de la ley.

La utilidad práctica de esta elaboración resulta de que sólo tomando estas teorías los tribunales pueden ir haciendo una aplicación de la ley conforme a interpretaciones coherentes, que hagan previsibles sus resoluciones en los casos concretos. Que la mayor parte de los miembros de los tribunales militares no sean letrados, no resta en nada utilidad al método en la ciencia del derecho penal militar, porque tan racional debe ser la resolución de un tribunal lego como la de uno letrado, y aunque mayor deba ser el esfuerzo del primero para adentrarse en ellas, el mismo es igualmente inevitable, dada la naturaleza de su función y la seguridad jurídica que está en juego. Tanto en la sede penal común como en la sede penal militar es necesario poder prever lo que se entiende por prohibido y reprochable y por sus correspondientes consecuencias, pues es la única manera de delimitar el campo de lo disponible, y de lo no disponible, esencia última de cualquier seguridad jurídica. Por si alguna duda pudiese caber a este respecto, el C.J.M. es bien claro al determinar que los consejos de guerra, procederán como jurados en la apreciación de la prueba, pero "como jueces de derecho en la calificación legal de los hechos que declaran probados en la sentencia" (art. 392, C.J.M.).

La metodología científica del derecho penal militar, no se distingue, pues, de la metodología del derecho penal y de la ciencia jurídica en general.

Cabe aclarar que la dogmática, tal como lo hemos dicho, es, al igual que cualquier método científico, un método interpretativo. A este respecto no debe incurrirse en errores conceptuales, tales como el que suele producirse cuando se hace referencia a la supuesta "interpretación contextual" o "auténtica" que no es ninguna interpretación, sino sólo una preci-

sión de conceptos legales, que en el C.J.M. se opera, particularmente, en los arts. 872 a 884, es decir, en el título final, bajo el acápite legal de "Aclaraciones para la aplicación de este Código".

Capítulo V

ÁMBITO PERSONAL, ESPACIAL Y TEMPORAL DE LA LEY PENAL MILITAR

I. LAS PERSONAS SOMETIDAS A LA LEY PENAL MILITAR.

§ 148. Hemos visto que los delitos militares son *delicta propia*, tratándose de derecho penal militar ordinario, que es, naturalmente del que venimos ocupándonos después de su adecuada delimitación del excepcional. Por consiguiente, *la ley penal militar sólo es aplicable a militares*, o sea que únicamente pueden ser militares los autores de delitos legislados por las leyes que son objeto de estudio de nuestra ciencia. Hemos visto también que por "militar" se entiende a las personas que tienen *estado, empleo o asimilación* militar, comprendiendo "a las personas que, conforme a las mismas leyes, formen parte de las reservas de las fuerzas armadas, mientras se hallen prestando servicios" (art. 872, C.J.M.).

En realidad, en este sentido el art. 872, C.J.M., es hoy redundante, puesto que la ley 19.101 del 30 de junio de 1971 redefinió los conceptos, entendiéndose que "las fuerzas armadas de la Nación son, exclusivamente el Ejército Argentino, la Armada Argentina y la Fuerza Aérea Argentina" (art. 1 de la ley 19.101), las que se integran con un cuadro permanente (art. 2) y un cuadro de reserva (art. 3), debiéndose

distinguir en este último la *reserva incorporada* y la *reserva no incorporada*. Reserva incorporada es “la constituida por el personal no perteneciente al cuadro permanente, que se encuentra incorporado en su respectiva fuerza armada para prestar servicios militares”. El *estado militar* lo tiene “el personal de las fuerzas armadas que integra su cuadro permanente y su reserva incorporada, y el que, proveniente de su cuadro permanente se encuentra en situación de retiro” (art. 6), y es definido como “la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas” (art. 5). De la manera en que hoy se halla definido el *estado militar*, éste abarca lo que el C.J.M. significaba con “*estado, empleo o asimilación*”.

Tal como lo hemos visto, el concepto de “militar” del C.J.M. se amplía en tiempo de guerra a los prisioneros de guerra (art. 873, inc. 1). A este respecto cabe hacer la salvedad de que el C.J.M. es aplicable a los prisioneros de guerra siempre que su aplicación no contravenga la convención internacional de la Conferencia de Ginebra de 1949 (art. 31 de la C.N.). Conforme a esta convención debe entenderse quiénes son “prisioneros de guerra”. No son tales sólo los miembros de las fuerzas armadas enemigas, sino también los milicianos y voluntarios, acompañantes, obreros, participantes de levantamientos en masa, miembros de fuerzas armadas de gobiernos no reconocidos —como los gobiernos en el exilio—, miembros de cuerpos voluntarios de resistencia organizados con distintivo fijo y reconocible, que lleven las armas abiertamente y respeten las leyes de la guerra, los miembros de las tripulaciones civiles de la marina mercante y de la aviación civil de los beligerantes, y los miembros civiles de las aeronaves de guerra. No se

consideran prisioneros de guerra, debiendo ser devueltos a su destino, salvo que sean retenidos para que presten servicios a los propios prisioneros, a los miembros del personal de sanidad. Tampoco pueden ser considerados prisioneros de guerra los agregados militares de países neutrales.

La aplicación del C.J.M. queda limitada por la convención de 1949, entre otras razones, porque surge claramente de la misma que los prisioneros de guerra son prisioneros del *Estado argentino y no de sus fuerzas armadas*.

El inc. 2 del art. 873 extiende el concepto de “militar”, en tiempo de guerra o en el de su peligro inminente, a los ciudadanos que fuesen “empleados y obreros de las reparticiones militares y de aquellas dependencias oficiales o privadas, que el Poder Ejecutivo haya militarizado, para la mayor eficacia de los servicios”.

§ 149. Al considerar el problema de la tipificación por bandos en el derecho penal militar de excepción, vimos también que nuestro C.J.M. no considera “militar” a la máxima autoridad militar del país, que es el presidente de la Nación (art. 86, inc. 15, C.N.). La omisión es aún más grave cuando el art. 877 conceptúa al “superior”, porque dice que tal es el “*militar*” que tenga con respecto de otro, grado más elevado, o autoridad en virtud del cargo que aquél desempeña, como titular o por sucesión de mando”. Piénsese que a estar a esta definición del art. 877, los arts. 656 y 669 del C.J.M. no le serían aplicables al último de los soldados que cometiere cualquiera de esos delitos nada menos que contra el comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación, por no tratarse de un militar. Obviamente, no es ello admisible, porque el C.J.M. no puede ignorar la C.N.,

ni mucho menos modificarla. La condición de "superior" del presidente de la Nación proviene de la Constitución nacional misma y no puede dejar de considerarse tal a los efectos penales militares, sin que ello implique una integración analógica de la ley penal militar, puesto que es una calidad otorgada por una ley de mayor jerarquía, inmodificable por la inferior.

§ 150. La circunstancia de que la ley penal militar sólo sea aplicable a militares, le da un carácter de personalidad que no puede negarse, pero que no debe confundirse con la "profesionalidad", imaginando que el derecho penal militar es un derecho profesional, y mucho menos que se trata de una supervivencia histórica.

En efecto, no se trata de una ley reguladora de la profesión del militar, sino que regla en torno a determinados hechos punibles de los que pueden ser autores los militares, dentro de los cuales la más numerosa categoría no está constituida por profesionales, sino por los soldados conscriptos convocados periódicamente para cumplir con el servicio militar, además de integrar el concepto de "militar", en tiempo de guerra, una serie de personal militarizado que no son profesionales del arte de la guerra, como también los prisioneros de guerra, que como acabamos de ver, tampoco son todos combatientes. Dentro del mismo derecho penal militar, es decir, entre los mismos delitos *propia* que lo componen, hay algunos de los que únicamente pueden ser autores profesionales, lo que indica claramente la no profesionalidad del conjunto.

En el actual estado de nuestra ciencia, cabe descartar de plano que la ley penal militar pueda constituir un privilegio profesional. Nada de eso ocurre, y ya hemos visto que establece mayores exigencias y en general penas más rigurosas que las del derecho pe-

nal común. Por otra parte, la jurisdicción militar rige para los militares sin que estén en manera alguna exentos de someterse a la justicia ordinaria por delitos comunes que no tengan vinculación con el servicio militar o sean realizados fuera de lugar exclusivamente sometido a autoridad cástrense (art. 108, C.J.M.), tal como cualquier persona civil. No otra cosa impone el sistema republicano de gobierno.

De manera pues, que la concepción de las fuerzas armadas como casta sometida a obligaciones pesadas emergentes de la necesaria disciplina, y gozando como contrapartida del privilegio de ejercitar su propia justicia, carece de sentido en la actualidad por más que despierte simpatías —más políticas que jurídicas— a algunos autores.

II. ÁMBITO ESPACIAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MILITAR.

§ 151. Este es un problema propio del derecho internacional privado. En relación al derecho penal, suele hablarse de derecho internacional penal para designar a la parte del derecho internacional público que se vincula con el derecho penal, en tanto que se llama *derecho penal internacional* a la parte del derecho internacional privado que se vincula con el derecho penal. En nuestro caso, el ámbito de validez espacial de la ley penal militar sería el *derecho penal militar internacional*.

La ley penal militar se rige primordialmente, como toda ley penal, por el *principio de territorialidad*, en función de la remisión que el art. 510 hace al libro I del Código Penal de la Nación y de lo dispuesto por el inc. 1 del art. 1 del mismo. El art. 511 del C.J.M. apela claramente al *principio de la personalidad*, disponiendo que sus disposiciones penales serán igual-

mente "aplicables a los delitos militares cometidos en territorio extranjero por individuos de las fuerzas armadas de la Nación". En este sentido, la ley penal militar argentina sigue al militar, cualquiera sea el territorio en que se halle. Si bien esto puede también entenderse como una manifestación del principio *real o de defensa*, en razón del bien jurídico que sólo o en compleja combinación con otros, siempre se halla afectado por el delito militar, la amplitud con que prevé la aplicación de la ley penal militar al delito militar cometido en el extranjero el art. 511, C.J.M., no deja ningún resquicio por el cual el militar que incurra en uno de tales delitos pueda eludir su aplicación, lo que inclina a creer preferentemente que se trata del principio de personalidad más que del real o de defensa.

III. LA LEY PENAL MILITAR EN EL TIEMPO.

§ 152. El derecho penal militar no altera la regla general del derecho penal referente a la irretroactividad de la ley penal, que se desprende del art. 18, C.N. y que el C.J.M. establece expresamente en el primer párrafo del art. 576: "Ninguna infracción puede reprimirse con sanciones no establecidas por la ley antes de ser cometida". Es la consecuencia lógica del principio de legalidad penal, sea que éste se deduzca del citado artículo constitucional, de la reserva del art. 19, C.N. o del principio republicano del art. 1, C.N., que elimina cualquier posibilidad de aplicación de la ley *ex-post facto*.

La garantía de la legalidad (art. 18, C.N.) tiene el claro sentido de impedir que alguien sea penado por un hecho que, al tiempo de comisión, no era delito, o de impedir que a quien comete un delito se le aplique una pena más grave que la legalmente prevista al tiem-

po de la comisión. Puesto que éste —y no otro— es el objeto de la proscripción de la ley penal *ex-post facto*, el principio general de irretroactividad de la ley penal reconoció una importante excepción, consistente en la admisión del efecto retroactivo de la ley penal más benigna.

Por otra parte, puede suceder que además de la ley vigente al tiempo del hecho y de la vigente al tiempo de la sentencia, haya habido otra u otras leyes en el tiempo intermedio y aun que se sancionen otras durante el cumplimiento de la pena. Se hace necesario determinar cómo opera el principio de retroactividad de la ley penal más benigna también en estos supuestos.

El C.J.M. establece expresamente la excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, en beneficio de la retroactividad de la ley penal más benigna. El segundo párrafo del art. 576 prevé el caso de la ley *desincriiminatoria*: "Si por leyes posteriores a la infracción, ésta perdiere ese carácter, cesan de pleno derecho el juicio o la condena".

El párrafo tercero del art. 576 prevé el *supuesto de las leyes posteriores a la infracción hasta el momento de la sentencia ejecutoriada*, sea que la ley más favorable esté o no vigente al tiempo de ésta última, o sea que contempla tanto la ley posterior más favorable como la ley intermedia —entre infracción y sentencia— más favorable al imputado. De allí que en sintética fórmula impone al tribunal la obligación de aplicar siempre la más benigna: "si la ley penal del tiempo de la infracción y las posteriores son diversas, se aplicará la que contenga disposiciones más favorables al imputado".

La ley penal militar más favorable no es sólo la que establece una pena menor. Puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de una

nueva causa de inculpabilidad, de una causa que impida la operatividad de la penalidad, etc. Por otra parte, la mayor benignidad puede provenir también de otras circunstancias, como puede ser un menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre libertad condicional, etc.

Ante la complejidad de los elementos que pueden tomarse en consideración para determinar cuál es la ley penal más benigna, no es posible hacerlo en abstracto, sino que se debe plantear frente al caso concreto. De esta manera, se resuelve hipotéticamente el caso conforme a una y otra ley, comparándose luego las soluciones para determinar cuál es la menos gravosa para el autor. En esta tarea deben tomarse por separado una y otra ley, pero no es lícito tomar preceptos aislados de una y otra, sino cada una en su totalidad. De no ser así, estaríamos aplicando una tercera ley inexistente, sólo creada por el intérprete.

Pese a ser ésta la regla general, parece ser que el C.J.M. establece excepciones, es decir, normas que pueden aplicarse sin tomar en cuenta la regla de la adopción total de la ley aplicable. Así, el segundo párrafo del art. 886, C.J.M. al prever especialmente el "abono" de la prisión preventiva en los casos en que lo prohibiera el antiguo Código, como también el art. 887, C.J.M., no hacen más que señalar particularmente la aplicación de la ley más favorable, y carecerían de sentido, como disposiciones especiales, de no entenderse que configuran excepciones a la regla general de la consideración total de la ley para determinar su carácter beneficiante.

Conforme al párrafo segundo del art. 576, los efectos de la ley desincriminatoria hacen cesar *de pleno derecho* el juicio o la condena. Ello importa que

desaparece todo efecto jurídico del proceso o del acto jurisdiccional condenatorio a partir del momento de la vigencia de la nueva ley, no pudiendo tenerse en cuenta tampoco a los efectos de los arts. 519, inc. 13, y 520, inc. 1 (reincidencia). Conforme al párrafo tercero del art. 576, el tribunal debe aplicar *de oficio* la ley posterior más favorable al imputado, aunque se trate de una ley intermedia que ya haya perdido vigencia al tiempo de la condena.

El párrafo 4 del art. 576 prevé el caso de la ley más benigna posterior a la sentencia ejecutoriada: "Si la sanción se ha impuesto ya por sentencia ejecutoriada, se sustituirá aquélla por la más benigna, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 439, inc. 4". Aquí hay una notable diferencia entre la ley penal militar y el C.P. común, siendo de destacar que, en este sentido, puede considerarse que es más garantizador el C.J.M. que la ley penal ordinaria. En efecto; uno de los argumentos con los cuales se ha objetado antiguamente la retroactividad de la ley penal más benigna ha sido que afecta el principio de la "cosa juzgada", puesto que modifica la sentencia que ya quedó firme. El argumento no carece totalmente de razón, salvo en cuanto a que la "cosa juzgada" es una garantía que tiene el condenado, pero que no puede hacerse jugar en su contra. Dicho en otras palabras: la "cosa juzgada" no es una muestra de la intangibilidad sacrosanta de la palabra del Estado, es decir, que no se tutela con la "cosa juzgada" ninguna supuesta "infalibilidad" cesarista del Estado, sino que es una garantía que se establece en favor del condenado, para impedir que sea juzgado dos veces por un mismo hecho, lo que el C.J.M. prohíbe en el art. 605 y garantiza mediante la excepción de cosa juzgada (art. 347, inc. 3, C.J.M.). Por consiguiente, objetar a la retroactividad de la ley penal con el argumento de la cosa juz-

gada, tratándose de leyes más benignas, carece de sentido. No obstante, y siendo discutible en muchos casos cuál puede ser la ley más favorable, no es del todo prudente que la aplicación de la misma se haga de oficio cuando media una sentencia firme. No sucede lo mismo en el caso de la ley desincriminatoria, en cuyo caso es válido que se aplique de pleno derecho, tal como lo establece el C.J.M., pues no puede caber duda alguna de que la ley es más favorable, pero en el caso de las leyes que son simplemente "más favorables", pero que no desincriminan el hecho, pueden surgir dudas. El C.P., en su art. 2, dispone que se aplique siempre de oficio. El C.J.M., más prudente, requiere que se proceda conforme al art. 439, inc. 4, es decir, que tenga lugar por vía de recurso de revisión, que sólo puede promoverse por el condenado o por sus parientes (art. 440) o por el fiscal general del Consejo Supremo (art. 442), pero que de cualquier modo requiere que sean oídas todas las partes interesadas (art. 443).

IV. EL TIEMPO DEL DELITO MILITAR.

§ 153. Para establecer cuál es la ley penal que debe aplicarse hay que determinar con precisión cuál es el momento del delito que se debe tomar en cuenta, porque todo delito es una conducta y toda conducta se desarrolla en el tiempo, es decir que tiene un momento inicial y otro final, o sea que la *comisión* de un delito se inicia en un momento y termina en otro.

El primer párrafo del art. 576 es sumamente claro, porque dice que ningún delito puede ser penado con penas que no estuviesen establecidas antes de que el delito sea cometido. Toda vez que "cometido" es un participio pasado, se está indicando que está

prohibida la aplicación de cualquier ley que no estuviese vigente *antes de que la conducta haya terminado*.

Debe quedar en claro, pues, que el *tiempo de comisión* es el de la realización de la conducta típica, que puede diferir del tiempo de consumación, cuando la misma requiere la producción de un resultado que puede sobrevenir *a posteriori*. Como la conducta se prolonga, es decir, que tiene un comienzo de ejecución y un momento en que termina —aunque con él no se haya consumado el delito porque aún no se haya producido el resultado— la ley que debe tomarse en cuenta es *la vigente al tiempo en que la conducta termina*, sin que tenga importancia cuál regía cuando la conducta se inició. Ello es así porque el principio de legalidad sirve para que nadie sea penado sin que haya podido comprender la prohibición de su conducta y, por ende, el que sigue actuando pese a saber o poder saber que la conducta que al iniciar no estaba prohibida ahora lo está, o que la conducta que inició conminada con pena menor lo está ahora con pena mayor, no puede alegar que al aplicársele la ley bajo cuyo imperio actuó se haya violado a su respecto el principio de legalidad.

Por consiguiente, para saber cuál es la ley más favorable hay que tomar en cuenta *la que rige en el momento en que su conducta termina* y compararla con la que haya regido con posterioridad, sin que quepa tomar en cuenta la ley que regía al tiempo en que la conducta se inició.

V. LAS LEYES PENALES MILITARES TEMPORARIAS Y EXCEPCIONALES.

§ 154. Cabe consignar —debiendo tenerse muy presente— que el principio de irretroactividad de la ley penal tiene carácter constitucional (art. 18, C.N.), en tanto que la excepción al mismo en forma de *retroactividad de la ley penal más benigna*, tiene sólo carácter legal (art. 576, C.J.M.), pudiendo, por ende, ser rechazado o derogado por la misma ley, en cuyo caso no puede operar.

Esto acontece en el caso de las leyes temporarias. Estas leyes son las que rigen para un período determinado. Si no se interpretase a estas leyes como exceptuadas de la retroactividad de la ley más benigna, carecerían por lo general de cualquier eficacia: una ley que rigiese por un año y estableciese penas que exceden ese tiempo no tendría sentido, porque al año caería la ley y las penas que en función de ella se hubiesen dictado. A las leyes temporarias entendemos que deben asimilarse también las leyes "extraordinarias" o "excepcionales", que son las que no fijan un período de vigencia, sino que su vigencia queda limitada a la subsistencia de las circunstancias que le dieron origen, como por ejemplo, las que se sancionan con motivo de una catástrofe nacional. No creemos que haya ninguna diferencia sustancial entre una ley que fija el plazo para su abrogación y la que individualiza la situación extraordinaria durante la cual tendrá vigencia: se trata sólo de dos maneras de establecer límites temporales.

VI. LAS LEYES DESINCRIMINATORIAS ANÓMALAS: LEYES DE AMNISTÍA.

§ 155. La etimología de la palabra amnistía alude al "olvido". Usualmente se dice que la amnistía "borra" el delito. Entendemos que una ley de amnistía es una ley que desincrimina el delito, es decir, una ley desincriminadora. No obstante, no es una ley desincriminadora común, sino anómala, puesto que se trata de una desincriminación temporal.

Siendo una ley desincriminadora, debe ser una ley en sentido material y formal, es decir, una ley dictada por el Congreso, puesto que sólo puede desincriminar una conducta quien tiene la facultad de incriminarla. De allí que el art. 67, inc. 17, C.N., establezca que es al Congreso al que corresponde dictar "amnistías generales".

Las amnistías deben ser "generales", lo que significa que deben tener carácter impersonal, no pudiendo destinarse a personas individualizadas. Así, una ley puede amnistiar, por ejemplo, todos los delitos contra la propiedad cometidos entre determinadas fechas, pero no puede amnistiar los delitos cometidos por los ciudadanos A, B, C y D.

Tratándose de una ley desincriminadora, su efecto es el de *restarle la tipicidad penal* al delito. De allí se deducen las necesarias consecuencias que tiene. Así, el art. 478, C.J.M. expresamente declara que "la amnistía extingue la acción penal y la pena con todos sus efectos y aprovecha a todos los responsables del delito, aun cuando ya estuviesen condenados". Desaparece con ella el acto mismo de la condenación, al igual que en el caso de la desincriminación (art. 576, párrafo 2, C.J.M.) y esa desincriminación beneficia a *todos los responsables*, es decir, a los coautores y partícipes. De allí que la amnistía del hecho

sea una excepción oponible en el juicio militar (art. 347, inc. 4, C.J.M.), que puede ser declarada de oficio por cualquier tribunal en el momento de pronunciarse sobre la causa (art. 349, C.J.M.), que sea una de las causas de extinción de la acción penal expresamente enumerada (art. 593, inc. 2, y 596) y que extinga la pena con todos sus efectos (art. 611, C.J.M.), sin que pueda ser objeto de rechazo o de recurso alguno en su contra, por parte del beneficiario de la misma.

Como consecuencia de que la amnistía no es más que una desincriminación anómala, que únicamente elimina la tipicidad penal de la conducta, pero no afecta para nada la antijuridicidad de la misma, resulta lógico que *el hecho amnistiado (olvidado) lo sea sólo como delito*, pero que ello no implique que permanezca su contrariedad con el derecho y su consiguiente sancionabilidad civil y administrativa, puesto que no por perder su condición de delito pierde la de injusto civil ni la de injusto administrativo. Por eso, la amnistía no alcanza a las "indemnizaciones que estuviesen obligados a satisfacer" los autores del hecho (art. 478, C.J.M.). Del mismo modo, tampoco "implica la reincorporación del amnistiado, ni la restitución de los derechos perdidos, salvo cuando la ley expresamente así lo establezca" (art. 478, C.J.M.) caso este último en que la ley de amnistía, al par que elimina la condición de injusto penal del hecho, eliminará la de injusto administrativo del mismo.

Capítulo VI

NOTICIA DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR ARGENTINA

I. ANTECEDENTES HISPÁNICOS.

§ 156. Toda reseña histórica del derecho penal militar argentino debe comenzar por el derecho hispánico, por dos razones fundamentales. En primer término, porque éste rigió en nuestro país, como es obvio en la época colonial, continuando su vigencia después del movimiento revolucionario de 1810, puesto que las instituciones españolas rigieron a partir de entonces con las parciales modificaciones introducidas por los gobiernos patrios. De este modo, las Ordenanzas Militares de España, expedidas por Carlos III, fueron derecho vigente en la nueva patria durante 85 años, incluso después de sancionada la Constitución nacional de 1853, puesto que recién fueron reemplazadas en el año 1895 por obra de la primera codificación de derecho penal y procesal militar.

La segunda razón por la que se impone conocer los precedentes españoles radica en que, producido el movimiento codificador, las instituciones y principios jurídicos aplicados en 1895 y en los códigos posteriores, siguieron "el principio de no innovar sino aquello que la práctica ha sugerido como indispensable o conveniente".... Y, por lo tanto, "conservaron en lo fun-

damental los principios básicos de las sabias y tan eficaces Ordenanzas españolas, que rigieron la vida de nuestros ejércitos desde la época de la colonia" (Sacheri, exposición de motivos).

La vigencia de las instituciones españolas durante tan largo tiempo, ya durante la colonia, ya a lo largo de muchos años de independencia y aún vigente la moderna Carta Magna, y su enorme influencia posterior al realizarse el ansiado movimiento codificador, justifican ampliamente que la reseña histórica del derecho penal militar argentino dé comienzo en la historia de las instituciones militares hispánicas.

II. PRECEDENTES DE LAS ORDENANZAS.

§ 157. Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio estimanse como el punto de arranque de la legislación militar española, toda vez que contienen normas que fijan el ámbito de la jurisdicción militar con cierto grado de sistematización, definiendo la Segunda Partida el cargo de alférez del rey, señalándole como caudillo de guiar las huestes y recordando que ya de antiguo tenía comisión de justiciar en nombre del monarca y por ese motivo traía la espada delante de él "como símbolo de ser la mayor justicia de la Corte". Por su parte, al almirante se le definía como el caudillo de todos los navíos que son para guerrear y de los que en ellos van; y le encomendaba funciones de justicia, especialmente las alzadas contra los juicios de los comandantes de las naves.

§ 158. En el siglo XVI, con el descubrimiento y colonización de las tierras de ultramar, crece en Castilla la importancia de la marina y ello da origen a las primeras ordenanzas navales, entre las que merece

destacarse la llamada *Orden Real de la Navegación en Indias*, que establecía las reglas a observar en la administración de justicia en las flotas del Atlántico, tanto en lo referente al mantenimiento del orden y disciplina entre las dotaciones como en lo tocante a la defensa de las naves y territorios descubiertos y colonizados contra piratas y corsarios.

Para las fuerzas terrestres, solían dictarse en el siglo XVI por los capitanes generales de los ejércitos, bandos o proclamas que establecían las normas esenciales para la definición de los deberes de los soldados y las penas contra los infractores con el procedimiento aplicable.

§ 159. También importantes fueron, años más tarde, las *Ordenanzas e Instrucciones del Duque de Parma y Plasencia, lugarteniente, gobernador y capitán general por su Majestad en los Estados de Flandes, sobre el ejercicio y la administración de justicia en este felicísimo Ejército*, promulgadas en Bruselas el año 1587 por el rayo de la guerra Alejandro Farnesio, y denominadas también, las *Primeras de Flandes*, las que, con su complementaria *Ordenanza* del mismo Farnesio, dictada en el mismo año, organizaban la justicia militar como un servicio del ejército, en base a un auditor general dependiente del jefe supremo de las fuerzas, un auditor designado por el maestre de cada tercio y el personal auxiliar de prebostes, barbaches, alguaciles y verdugos necesarios.

Durante el siguiente siglo abundan las ordenanzas parciales dictadas especialmente para determinados ejércitos o armadas. Para los primeros pueden citarse, v. gr., las del 8 de julio de 1603, del 17 de abril de 1611 y de junio de 1632. Para la marina, hay una *Ordenanza para las Armadas del Océano*, dictada por Felipe III en el año 1606. En 1633 aparecen las *Or-*

denanzas para el Buen Gobierno del Mar Océano que, más que una nueva legislación, constituyeron una recopilación de anteriores ordenanzas parciales.

III. LAS ORDENANZAS GENERALES.

§ 160. Antes de ver la luz las famosas Ordenanzas Generales, cabe mencionar en la primera parte del siglo XVIII, y siempre como disposiciones parciales, a las llamadas *Segundas de Flandes*, del 1701, que resultan notables porque en ellas se prevén por primera vez los consejos de guerra. Con respecto a la marina no pueden omitirse las *Ordenanzas* que se dieron en llamar “*del Infante Almirante*”, dictadas en 1737 por Felipe V, dedicadas a su hijo el infante don Felipe, que era almirante de todas sus fuerzas navales.

§ 161. Entrando a la consideración de las *Ordenanzas Generales*, se ha señalado que “es preciso reconocer a la casa de Borbón el mérito de la publicación de las admirables ordenanzas generales militares y navales españolas del siglo XVIII, que han conquistado el calificativo de *sabias*, que en bello lenguaje y con acento soberano encierran los principios fundamentales de la disciplina y el honor militar y que, después de doscientos años de vigencia, conservan aún su lozanía” (Querol y Durán, p. 36).

§ 162. De las *Ordenanzas de la Armada de 1748*, inspiradas en los precedentes españoles y en las Ordenanzas francesas de 1689, fueron redactadas por el capitán de navío Joaquín de Aguirre y Oquendo, se ha dicho que resultaron superiores a los modelos que le inspiraron e incomparables con los precedentes que utilizaron, asegurándose que fueron la primera legisla-

ción militar, propiamente dicha, que ha habido en España (Montes I, p. 113).

Bajo el epígrafe “De la disciplina y materias de justicia” agrupaba la ordenanza cinco títulos dedicados a la política y disciplina en los buques; a los individuos y casos sujetos a la jurisdicción de marina; al consejo de guerra criminal; a los crímenes que deben examinarse en consejo de guerra y penas que les corresponde; y finalmente al modo de sustanciarse las causas de los oficiales de guerra de la armada.

El título II reservado, como queda dicho, a la jurisdicción, establecía que quedaban sujetos al fuero de la armada, en el orden penal, todos los que prestaran servicios en ella, sea cual fuere el cuerpo a que pertenecieren, los obreros de construcción y armamento de las naves, y toda la gente y matriculados de mar.

Las penas con que se cominaban las correspondientes figuras delictivas eran las de muerte, castigos corporales, etc., distinguiéndose la índole y gravedad de la pena según la condición del juzgado.

El procedimiento se regulaba con cierta minuciosidad, otorgándose garantías al imputado, entre las que merece destacarse la de proveerle de defensor, lo que es tanto más meritorio si se tiene en cuenta que las referidas *ordenanzas* se dictaron en época en que en otras legislaciones europeas, los procesados no poseían más garantía que el caprichoso y amplísimo arbitrio de la autoridad militar o corte marcial. No obstante, el órgano juzgador, el consejo de guerra, no tenía obligadamente que fundamentar sus fallos, pero la sentencia, requería dictamen del auditor, quien proponía al comandante general la aprobación o el disenso. En este último caso la causa se elevaba a la resolución del Consejo Supremo de Guerra.

Las causas de oficiales de la armada, civiles y criminales por delitos comunes, eran juzgadas por el comandante general, previa consulta con el auditor, y apelables para ante el Consejo Supremo de Guerra.

§ 163. Veinte años más tarde, Carlos III dotó al ejército de una organización completa, al tiempo que creó escuelas militares y fortaleció su disciplina y jurisdicción propias (Lalinde Abadía, p. 485), particularmente mediante las *Ordenanzas del Ejército de 1768* que fueron el producto del trabajo de una junta constituida por iniciativa del Conde de Aranda, siendo su verdadero redactor el secretario de la misma, coronel Antonio Oliver. Se publicaron el 22 de octubre de 1768, con el título de *Ordenanzas de Su Majestad para el Gobierno. Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército*.

Tal ha sido el prestigio de estas ordenanzas que en la "exposición de motivos" del real decreto que mandaba publicar el *Código de Justicia Militar Español de 1890* se dijo que "es indispensable volver a buscar en el espíritu de las reales ordenanzas del ejército los nuevos moldes para devolver a las clases militares el prestigio y a las instituciones armadas las garantías, que son el más firme sostén de la jurisdicción de guerra".

Los preceptos de orden penal de las *ordenanzas* guardan similitud con los de la marina dictados veinte años antes. Las penas de las mismas características que las de las *Ordenanzas de la Armada*, se adecuan a la gravedad de los hechos enjuiciados y a la condición del "ajusticiado", lo que representa un notable progreso, en una época en que otras legislaciones apenas imponían otro castigo que el último suplicio.

La instrucción del proceso se encomendaba a un instructor fiscal, funcionario auxiliado por un escribano, que debía depender directamente del capitán general respecto del manejo del proceso. El reo podía nombrar como defensor a un oficial de su mismo cuerpo, el que tenía un papel pasivo durante el sumario, y debía alegar los oportunos descargos en favor del imputado antes de fallarse la causa.

Regulábase el Consejo de Guerra de Oficiales y las penas que éste podía imponer si se trataba de delitos previstos en las *Ordenanzas Generales*, advirtiendo que si se tratara de un delito no previsto en ellas, el capitán general debía elevar el asunto, con el dictamen del auditor, al Supremo Consejo de Guerra, para que éste consulte con Su Majestad.

Los delitos comunes, sin carácter militar ni conexión con el servicio, debían juzgarse por el capitán general, sometiéndose solamente al Consejo de Guerra los crímenes puramente militares y las faltas graves cometidas por oficiales contra el real servicio.

§ 164. El ciclo de las ordenanzas se cierra con las *Ordenanzas de la Armada de 1793* de Carlos IV, que solamente tienen importancia en la parte relativa a la orgánica militar y técnica, toda vez que todo lo referente a nuestra disciplina, se conservó tal cual lo establecía la primitiva *ordenanza*, a la que ya hemos hecho mención, con las llamadas *Ordenanzas para el Reclutamiento y Sorteo del Ejército*, del 27 de octubre de 1800 y con las *Ordenanzas de Matrículas de Mar* del 12 de agosto de 1802.

IV. DERECHO INDIANO.

§ 165. Como es obvio, las instituciones vigentes en América fueron básicamente las mismas de la me-

trópoli, lo que no obstante a que existieran normas jurídicas especiales para las Indias. Incluso se recuerda que, así como en España existía antes de las ordenanzas la costumbre de que los capitanes generales promulgasen bandos o proclamas, como la de Carlos V en Génova de 1536, el conquistador Hernán Cortés dictó su célebre proclama el 22 de diciembre de 1520 en Tazcatecle, en la que definía con precisión los deberes de sus soldados, castigándose con inusitada severidad hechos como el reniego y la blasfemia, el saqueo o robo de poblaciones enemigas hasta la conseguida victoria, el hurto de cosas habidas en la guerra o fuera de ella, la cobardía y la desobediencia, que se penaban con la muerte.

§ 166. Los cuerpos legales más importantes del derecho indiano fueron la *Recopilación de las Leyes de Indias*, promulgada por Carlos II en 1680, monumento jurídico que respondía a las nuevas sociedades en formación con sus necesidades regionales y sus propias características económicas y políticas, y la *Real Ordenanza de Intendentes* de 1782, que dividió al Virreinato del Río de La Plata en gobernaciones intendencias, otorgando a los respectivos gobernadores intendentes, atribuciones en el ramo de la guerra, como asimismo en los de hacienda, policía y justicia.

V. PERÍODO REVOLUCIONARIO.

§ 167. Como ya expresamos, producida la Revolución de Mayo, continuaron rigiendo en la Patria naciente las instituciones hispánicas o sea las antiguas ordenanzas españolas, situación que se prolongó largos años, antes y después de promulgada la

Constitución nacional toda vez que el movimiento codificador recién se concretó en el año 1895, es decir, 85 años después del movimiento emancipador y 42 después de dictada la Carta Magna.

Durante ese largo tiempo se intentó, sin éxito y en diferentes ocasiones, la sustitución de las ordenanzas españolas por una ley argentina. La primera iniciativa a ese respecto se debió al gobierno de Las Heras, quien por decreto del 1 de setiembre de 1824 designó una comisión encargada de proyectar un *Código de Justicia Militar*, y en épocas posteriores hubo numerosas tentativas de lograr ese propósito, a través de comisiones encargadas de proyectar la respectiva legislación nacional.

Mientras se intentaba esa reforma, el imperio de las ordenanzas españolas era legalizado por actos oficiales. Así, el *Estatuto Provisional de 1815*, reconoció la vigencia de las ordenanzas hispánicas, con las modificaciones introducidas por las órdenes posteriores a 1810. Por decreto del 12 de noviembre de 1816 se disponía que mientras no se dictara un código militar, se omitiera en la aplicación de las ordenanzas españolas "trascrribirlas literalmente, como providencias ajustadas por la autoridad de un monarca, de quien no pende la Nación y cuyo dominio ha proscrito", y el *Reglamento Provisional de 1817*, en su sección II, art. 2, establecía: "hasta que la constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales y particulares del antiguo gobierno español, que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas provincias, ni con este reglamento y demás disposiciones que no sean contrarias a él, libradas desde el 25 de mayo de 1810" (Risso Domínguez, 12).

En lo referente a la legislación patria modificato-

ria de las ordenanzas, merece citarse la *Proclama y Reglamentación de la Milicia* del 29 de mayo de 1810, punto de arranque de la legislación militar argentina y la ley que se debe a la Asamblea General Constituyente del 29 de octubre de 1813, que autorizaba al Supremo Poder Ejecutivo para sentenciar en los consejos de guerra ordinarios en todos los casos en que por circunstancias imprevistas no resultare fácil proceder de acuerdo con las ordenanzas.

En virtud de nuevas leyes y decretos que aparecieron sucesivamente, se crearon tribunales castrenses de carácter extraordinario y comisiones especiales, también a través de leyes y decretos y fundamentalmente, a la usanza española, mediante los bandos que dictaron los generales argentinos para sus ejércitos, se crearon infracciones punibles y sus correspondientes sanciones, pero a pesar de todo ello, la antigua legislación española se mantuvo, en lo fundamental, incólume.

VI. LA CODIFICACIÓN DE 1894.

§ 168. Entre las tentativas de dotar al país de un código de justicia militar merecen destacarse los proyectos elaborados por la comisión nombrada en 1875 y compuesta por Dardo Rocha y los coronelos Lucio V. Mansilla y José Ignacio Garmendia, como también el proyecto de Código Naval de Ángel Carranza, de 1881.

En el año 1880 el Poder Ejecutivo nombró cuatro comisiones con el fin de resolver el problema de la codificación: destacándose entre sus componentes los nombres de juristas como Manuel Obarrio, Osvaldo Magnasco, Amancio Alcorta, Aristóbulo del Valle, y Estanislao Ceballos, y de militares como el general

José Ignacio Garmendia y el almirante Daniel Solier. De sus esfuerzos resultó nuestra primera codificación, que pese a ser considerada precipitada y poco madura, al punto que de inmediato comenzó a trabajarse en su sustitución, constituyó la deseada legislación auténticamente nacional que vino a reemplazar a las tantas veces recordadas ordenanzas españolas: tales fueron los *Códigos Militares para el Ejército y la Armada*, sancionados el 6 de diciembre de 1894, por la ley 3190 y que entraron a regir en 1895.

§ 169. Ya nos hemos referido a la influencia de las preexistentes instituciones españolas en la codificación. Empero, no menos importante fue la contribución a la primera codificación argentina de las instituciones que tiene su origen en la Revolución Francesa, a partir del *Code des délits et des peines pour les troupes de la République*, del 11 de noviembre de 1796, el que, como se ha señalado, influenció de una u otra manera a toda la legislación penal militar posterior (Manzini, p. 2).

VII. EL CÓDIGO BUSTILLO DE 1898.

§ 170. El Código de Justicia Militar que rigió hasta el año 1951, redactado por José María Bustillo, fue sancionado en la siguiente forma: Los tratados I (Organización y competencia) y II (Procedimientos), por ley 3679, de enero de 1898, y el tratado III (Penalidad) por ley 3737, de noviembre del mismo año. Posteriormente, por ley 4708, de agosto de 1905 se le introdujeron reformas parciales proyectadas por el mismo Bustillo.

El Código, único para el ejército y la armada, posee una estructura que fue mantenida por el actual,

que también conserva en lo esencial su contenido, legislando en el tratado primero sobre la "Organización y competencia de los tribunales militares", lo que comprende diversos títulos acerca de los tribunales militares en tiempo de paz y de guerra, de los funcionarios de la justicia militar, excusaciones y competencia; el tratado segundo, "Del modo de proceder en los juicios militares", organiza el procedimiento, en tiempo de paz y en tiempo de guerra y, finalmente, el tratado tercero "De la penalidad", está dividido en tres libros; el primero, comprensivo de las infracciones y penas en general, que es una verdadera parte general del derecho penal militar; y los libros segundo y tercero que conformaban la parte especial del mismo, es decir, contenían las infracciones castrenses y especiales en particular.

§ 171. La reconocida eficacia del Código Bustillo, no fue óbice a que en diversas oportunidades se proyectara su reforma, destacándose en tal sentido los siguientes proyectos:

- a) el presentado ante el Congreso por la comisión legislativa integrada por Manuel Gonnet, Vicente Gallo y Alfredo Palacios en el año 1915;
- b) reformas propuestas por el Poder Ejecutivo y estudio de la comisión legislativa de 1917;
- c) *Proyecto de Código de Justicia Militar* del diputado nacional Francisco Albaracín presentado en el año 1923;
- d) del mismo año 1923 es el *Proyecto de ley de disciplina militar* elaborado por la comisión especial presidida por el doctor Carlos Risso Domínguez;
- e) *Proyecto de Reformas al Código de Justicia Militar*, redactado por el señor auditor general Rodrigo Amorortu, en virtud del decreto del 19 de setiembre de 1932;

f) finalmente, cabe mencionar el *Anteproyecto de Código de Justicia Militar para Tiempo de Paz*, elaborado por la Comisión Especial designada por decreto 2172/46 y las *observaciones, reparos y enmiendas propuestas al mismo por el Consejo Supremo de Guerra y Marina y otros órganos de la justicia militar*.

VIII. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1951.

§ 172. La ley 14.029, del 9 de julio de 1951, sancionó el Código de Justicia Militar en vigencia en nuestro país y es resultado de la obra del auditor Oscar Ricardo Sacheri, quien en la *exposición de motivos*, tras calificar de "meritorios antecedentes" a los proyectos que hemos citado, afirma, sin embargo, haber "preferido tomar como punto de partida para la redacción del nuevo proyecto, el Código actualmente en vigor, que ha demostrado en sus cincuenta años de vigencia ser un instrumento legal de excelentes condiciones, tanto en lo que se refiere a la organización y al procedimiento como a la penología con que ha sabido afianzar el mantenimiento en la disciplina en las fuerzas armadas, objeto fundamental al del derecho penal militar".

De manera, entonces, que la estructura fundamental del Código Bustillo fue firmemente mantenida, efectuándosele retoques parciales con la finalidad, según Sacheri, de lograr la "actualización lógica de aquél con las conquistas jurídicas de una nueva época" y con las normas del Código Penal de 1921, obviamente posterior al Código de Bustillo, como también con las de la Constitución nacional de 1949, cuya derogación ha generado no pocas dificultades, particularmente en cuanto a cuestiones de competencia se refiere.

Al igual que el Código de 1898, el actualmente vigente de 1951 se encuentra dividido en tres tratados, el primero dedicado a la "Organización y competencia de los tribunales militares", el segundo al "Procedimiento en los juicios militares" y el tercero a la "Penalidad", siendo comprensivo, por ende, tanto del derecho procesal penal militar como del derecho penal militar vigente en nuestro país. Dada su estructura, que no innova a la de Bustillo, nuestro C.J.M. ha seguido el método de legislar en un único cuerpo los aspectos procesales y penales, referidos tanto a las fuerzas de tierra, mar y aire, sea en tiempo de paz como en tiempo de guerra, con lo que rechaza todas las tendencias que en sentido disgregador de esta legislación, han existido o subsisten en el derecho militar comparado.

El derecho penal militar está legislado en el tratado tercero que se divide en dos libros: el primero sobre "Infracciones y penas en general" constituye la parte general del derecho penal militar argentino y es el fundamental objeto de nuestro presente estudio y el libro segundo, sobre infracciones militares en particular, que configura la parte especial del derecho penal militar argentino.

Como hemos visto, nuestro C.J.M. se afilia al sistema de los códigos complementarios del C.P., toda vez que no contiene *todas* las normas que conforman la parte general del derecho penal militar argentino, sino que éste se integra también con la parte general del C.P. al que reenvía el art. 510 del C.J.M., sistemática que también adoptaba el Código de 1898.

El Código de 1951 trajo varias innovaciones en lo concerniente a la parte general de nuestro derecho penal militar, desde el intento de deslinde en un pun-

to que el de Bustillo había provocado confusiones, como es la diferenciación entre la pena (delito) y la sanción disciplinaria (falta de disciplina) hasta las reglas de la unificación de penas y concurso (art. 585, C.J.M.) buscando la armonización con los arts. 55 y 58 del C.P.

También se innovó con respecto a la embriaguez, expresando el codificador que "al texto demasiado rígido del art. 510 del Código vigente: 'La embriaguez no es causa de exención ni de atenuación de pena en los delitos de jurisdicción militar', el anteproyecto ha contrapuesto el siguiente: 'La embriaguez no es causa de exención ni de atenuación de pena para los militares, en los delitos de jurisdicción militar' (que corresponde al actual art. 517). En esa forma, al par que se respetan los intereses de la disciplina, se coloca a los militares en igualdad de situación con el resto de los ciudadanos, en todo lo que no tenga vinculación con aquella y no se altera la situación de los civiles".

Otra innovación tendiente a un acercamiento con el derecho penal común la constituyó el art. 512, que Sacheri explica diciendo que, "como se advierte, a diferencia del Código vigente, que no permite la condicionalidad de la condena en ningún caso, el anteproyecto la admite, pero sólo para los delitos comunes culposos, pues entiende que en este caso de los delitos comunes culposos no existen o existen en menor grado, las importantes razones que impiden el establecimiento de la condena condicional como principio general en la esfera militar, donde los intereses de la disciplina requieren como regla la ejemplaridad de la sanción".

También se buscó una mayor aproximación con el sistema penal ordinario —según la *exposición de motivos*— con el art. 579, C.J.M. "en el que se ha desarrollado el concepto del art. 41 del C.P. pero per-

feccionándolo" y en la regulación de la complicidad, donde el art. 513 dispone en tal sentido que en los delitos de jurisdicción militar la participación será considerada y reprimida según las reglas del C.P. salvo, los casos expresamente previstos en el anteproyecto.

§ 173. Nuestro C.J.M. tiene su fuente en el *Código de Justicia Militar* español, del 27 de setiembre de 1890, y en el *Código Penal de la Marina de Guerra* de España, del 24 de agosto de 1888. En tanto que el segundo era un código penal integral, que legislaba en su texto las causas de exención de la responsabilidad criminal (art. 10), el primero seguía el método de remitir "a las mismas reglas del código ordinario" (art. 216), que fue el preferido por Bustillo y por nuestro *Código Sacheri*. No obstante, no puede negarse que nos regimos por un C.J.M. que es nonagenario y cuyo trabajo dogmático no resulta sencillo, particularmente porque en ocasiones una misma conducta puede ser falta o delito, porque contiene tipos que corresponde ubicar en el C.P. o en leyes especiales (los falsos delitos militares), con lo que resulta superponiéndose con el derecho penal común, y porque sin mengua de la celeridad procesal, correspondería conceder mayores garantías al procesado, y reconociendo —como corresponde— el carácter jurisdiccional penal de sus tribunales, al menos en tiempo de paz, correspondería una limitada intervención de jueces ordinarios en los órganos jurisdiccionales y una tecnicificación científico-jurídica de los integrantes de los mismos, particularmente en cuanto a la calificación jurídica sin perjuicio de la participación militar lega en la cuestión de hecho, tal como acontece en los sistemas de juicio por jurados. A todo ello cabe añadir que nos hallamos en las puertas de

una etapa horrible de la criminalidad, como es la sombría perspectiva de la pérdida —aunque sea parcial— del control total de los medios de guerra A, B, C, por parte de los poderes estatales, lo que debe ser adecuadamente previsto y considerado en el derecho penal militar, por tratarse de conductas que por el peligro de destrucción masiva de bienes jurídicos que implica, escapa a la consideración del derecho penal común.

Por otra parte, es ingenuo pensar que la función de seguridad de la soberanía nacional que incumbe a las fuerzas armadas se limite hoy al cuidado de las fronteras geográficas, puesto que abarca el aseguramiento de determinados materiales o productos indispensables tanto para el mantenimiento del potencial defensivo como de la economía nacional, debiéndose prever entre los delitos militares las conductas de los militares que afecten dicho aseguramiento en la forma que fuere.

Además, dado el uso pacífico de la energía nuclear, pero también la posibilidad de desviar la misma en forma catastrófica estimamos que se hace necesario militarizar —aun en tiempo de paz— al menos cierta categoría de personal actuante en el empleo de esa energía. Basta para probar la necesidad de esta consideración, el peligroso suceso reciente de Pennsylvania.

En cuanto a la especialización del derecho y del proceso penal militar, que es incuestionablemente necesaria, cabe acotar que no debe ser magnificada, siendo de particularmente destacable la evolución y modernización experimentada por el derecho penal militar extranjero especialmente con el *Code de Justice Militaire* francés, del 8 de julio de 1965, y sus posteriores reformas; con la *Wehrstrafgesetz* alemana, del 30 de marzo de 1957, y su nueva redacción del 1 de setiem-

bre de 1969; con la *Armed Forces Act* inglesa, del 21 de diciembre de 1966, con la ley penal de guerra holandesa de 1952, con las reformas del 8 de abril de 1971; la *Militärstrafgesetz* austriaca, del 30 de octubre de 1970; etc.

§ 174. Por supuesto que en esta materia, como en el derecho penal ordinario, nada debe ser improvisado cuando de legislar se trata. Nuestro país se caracteriza, en las últimas décadas, por una proliferación de proyectos y leyes penales que importan marchas, contramarchas y contradicciones en la política criminal, llevadas a cabo con precipitación, simplicismo, indiferencia frente a la ciencia y experiencia universal, condicionamiento a circunstancias políticas pasajeras, en las que llegan a pesar hasta las enemistades y resentimientos personales. Hemos perdido la línea clara trazada desde Tejedor y jalona por el primer Código Federal, los proyectos de 1890, 1906 y 1919, la obra crítica constructiva de Herrera, el Código de 1921, para insertar al derecho penal en el fárrago de la política de circunstancia y, además, elaborado en secreto, sin discusión pública en los círculos técnicos y sin un suficiente y profundo estudio de la experiencia comparada utilizable. A esto se agrega la inestabilidad del Poder Judicial y la falta de una carrera judicial, al estilo de la bien experimentada *Ley Orgánica del Poder Judicial* española, promulgada el 15 de setiembre de 1870. Ante este panorama, bueno es advertir que si cualquier ensayo de tocar el C.J.M. implicase sumergir al derecho penal militar argentino en este fárrago desquiciante, resulta por cierto mucho más preferible defender su permanencia inalterada.

PARTE SEGUNDA

TEORÍA DEL DELITO MILITAR

Capítulo VII

FUNCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO MILITAR

I. *LA TEORÍA DEL DELITO EN GENERAL Y DEL DELITO MILITAR EN PARTICULAR.*

§ 175. No hay diferencia alguna entre la función que científicamente debe cumplir la teoría del delito militar con la que cumple la teoría del delito común: ambas tienen por objeto proporcionar un concepto de delito en general, caracterizándolo en forma racional, para poder disponer de un instrumento útil que en cada caso concreto nos sirva, frente a un fenómeno determinado, para averiguar cuándo hay un delito y cuándo no lo hay.

El delito militar —al igual que el común— es un fenómeno complejo, que no puede ser considerado en totalidad y simultáneamente, sino que, sin perder de vista el conjunto del mismo, lo que nos llevaría a ver en él una cosa diferente, nos impone un análisis. A quien debe aplicar el derecho penal militar se le presenta un hecho, un *factum*, y debe decidir si ese *factum* es o no un delito militar. Si en lugar de eso, se hallase con que algún tío rico le legase un cuadro y tuviese que averiguar si ese cuadro es de tal o cual pintor famoso, seguramente lo llevaría a un experto, que por la textura de la tela, por la técnica en la formación de los colores, por la antigüedad de la tela y

del bastidor, por la dirección de los trazos, etc., terminaría proporcionándole una respuesta. El perito volcaría todo eso en un informe, pero estaría totalmente esquizofrénico quien afirmase que un cuadro de tal o cual autor consiste en la *suma* de la textura de la tela, más una técnica de aplicación de los colores, más la antigüedad de la tela y del bastidor, más la dirección de los trazos, etc. Nunca la *suma* de los caracteres es un cuadro, sino que esos caracteres resultarán siendo lo que nos permita afirmar que la *obra de arte* (en que el cuadro consiste, que es el *ser* del cuadro) es o no de tal o cual pintor.

Esto es necesario aclararlo, porque en la teoría del delito militar, como en cualquier otra, no es la *suma* de los caracteres lo que nos da por resultado el delito militar. Lo que le pasa a quien debe aplicar el derecho penal militar no es nada distinto de lo que le pasa al perito que debe determinar de quién es el cuadro, esto es, debe proceder a analizarlo, pero para analizarlo debe comenzar por preguntarse algunas cosas y terminar por preguntarse otras, es decir, debe seguir un cierto orden lógico de preguntas. En el caso del cuadro hay algunas preguntas que son tácitas por obvias, pero en el delito a veces no son tan obvias las preguntas primeras. Así, no sería muy lógico que el perito comience preguntándose si se trata de un cuadro, pero ello pasa porque a nadie se le ocurriría llevar a estudiar una vaca a un perito en arte. En lugar, en el delito, a veces nos hallamos con hechos que carecen de lo más elemental para ser delito, pero que dan la impresión primera de que pueden serlo.

Un análisis no es una disección, sino la observación de fenómenos. Cuando un médico estudia a un paciente no lo corta en trozos y hace la necropsia, sino que estudia sus síntomas, haciéndolo en cierto orden lógico. Este orden lógico de los caracteres de un

hecho siempre es imprescindible, porque todo análisis de algo complejo debe comenzar por alguna parte, que necesariamente es la más general, la más elemental, o sea, lo genérico por excelencia, y luego ir cada vez más hacia lo específico. Hay una jerarquía de preguntas, que nos da una *estratificación* en las respuestas. Conforme a ello podemos decir que el *concepto del delito es estratificado*, pero no el delito mismo, que siempre sigue siendo una unidad.

Este *concepto estratificado*, es decir, esta conceptualización a través de caracteres genéricos y específicos, es el producto de una elaboración dogmática, cuya utilidad práctica consistirá siempre en proporcionarnos el orden en que debemos interrogarnos frente a los casos concretos para determinar la existencia del delito, pero en modo alguno será el delito mismo, porque nunca se puede confundir el concepto con lo conceptuado, la connotación con lo connotado, la imagen con lo representado.

II. LA ESPECIALIDAD DEL DELITO MILITAR.

§ 176. Cuando nos fue menester determinar cuál es el objeto del derecho penal militar, no hemos podido menos que delimitar brevemente el campo del delito militar, para separarlo del que corresponde al delito común. Ya estudiada la *ratio essendi* del derecho penal militar, veremos con mayor claridad la diferencia entre ambos delitos, que, por cierto, es lo que configura el matiz diferencial especializante a la teoría del delito militar, pero que no altera su esencia. Para ello, nos veremos precisados a insistir sobre el particular aquí, para descartar una serie de equívocos que han afectado seriamente el desarrollo dogmático del derecho penal argentino.

§ 177. En principio, *resulta totalmente injustificado afirmar que el delito militar sea un delito político* (así, Ciardi, *Trattato*, p. 30). Legalmente, no habría razón para que el C.P. excluyese del ámbito de la reincidencia, en el tercer párrafo del art. 50, a los delitos militares en forma expresa, puesto que bastaría con que nombrase al género, es decir, a los delitos políticos. En el orden conceptual, y frente a las dos formas de conceptuar al delito político, esto es, la objetiva y la subjetiva, pese a todas las dificultades que pue de ello aparejar, creemos que es claro que el concepto de delito político es subjetivo y no objetivo, entre otras cosas porque puede afectarse un bien jurídico político, sin que ello configure un delito político, como es el caso del sicario. No nos cabe duda de que hay delitos militares que son delitos políticos, porque una rebelión, cometida por militares o por civiles, es siempre un delito político (para el que participa en ella con fin político, pero no para el que lo hace por precio). Tampoco nos cabe duda que una insubordinación o un motín, que tenga su motivación en la deficiencia de la alimentación (real o supuesta) no tiene nada de político, por más que claramente configure un delito militar.

§ 178. Descartada esta primera exageración, veremos más detenidamente en qué se especializa el delito militar frente al común, en líneas generales, para desarrollar luego las consecuencias de esta especialización en sus caracteres genéricos y específicos. *Esta es la tarea completa de la teoría del delito militar*, que se impone como consecuencia de un doble imperativo legal: el art. 4 del C.P. ("Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario") y el art. 510 del C.J.M. ("Las

disposiciones del libro I del Código Penal, serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente Código").

Hemos dejado afirmado que el delito militar, por pertenecer a un derecho penal especial que sólo dirige sus normas contra militares, es un delito especial o un delito propio, por cuanto amenaza con pena a un cerrado círculo de autores, siendo la calidad de militar una condición objetiva del sujeto activo del delito, requerida típicamente. Este es el primer aspecto en que el delito militar se especializa frente al común, lo que ha sido puesto de relieve suficientemente en la doctrina extranjera (así, por ejemplo, Jescheck, p. 200).

Pero el contenido del derecho penal militar no se agota por cierto en la infracción al deber militar. Ya hemos descartado las teorías que han pretendido que nuestra disciplina tiene un contenido puramente disciplinario, como asimismo las que ven en ella un derecho profesional. Al lado de la infracción al deber que sólo puede realizar el militar, entendemos que se encuentra la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que el legislador ha estimado de interés estatal o institucional. Y aquí no se trata —ya lo dijimos— de la disciplina como único bien jurídico protegido (con toda la importancia que desempeña para los ejércitos) sino mucho más allá de ésta, tratarse de la eficacia de las fuerzas armadas al servicio de la seguridad del Estado, porque tal eficacia no es bien o interés privativo de los ejércitos, ni mucho menos hoy, cuando se afirma la tesis que ubica en el centro del derecho penal militar la preservación del potencial bélico o de la capacidad defensiva del Estado.

§ 179. Llegamos así a las dos circunstancias especificadoras fundamentales del delito militar: 1) *la calidad militar en el autor*; y 2) *la calidad militar (o militar y común) del bien jurídico lesionado*. Con razón se ha dicho que "la ley penal militar dirige normalmente su mandato al militar, en el interés del servicio o de la disciplina y por lo tanto el delito militar se caracteriza por la calidad del culpable y por la naturaleza del deber violado, el que puede ser exclusivamente militar, o tener a la vez un carácter común y militar" (Ciardi, p. 139; cfr. Lo Cascio, p. 31).

III. RECHAZO DEL CRITERIO ESPECIALIZANTE FUNDADO EXCLUSIVAMENTE SOBRE EL BIEN JURÍDICO AFECTADO.

§ 180. Un punto de vista opuesto al nuestro, sostiene que "el fundamento de la especialidad que da razón de ser al derecho penal militar no mira tanto subjetivamente al autor de la infracción como objetivamente la materia del delito, consistente siempre en un daño a la institución armada" (Querol y Durán, I, p. 53).

"Tanto es así —se dice— que para decidir si un hecho criminal cae o no dentro de la esfera propia del derecho y la jurisdicción penal militares, se atiende primero a la razón de la materia del delito, después a las circunstancias del lugar o espacio en que se cometió, y solamente en último término a la condición de la persona responsable" (ídem, p. 54). Ello se explica, acotamos nosotros, en legislaciones como la española, que contiene una desmesurada extensión de la ley penal militar en relación con los civiles, como asimismo de la jurisdicción castrense, pero mezclar con la materia penal de fondo cuestiones de orden

procesal, sólo sirve para oscurecer la cuestión y hacer aún más grave el gravísimo problema de los civiles ante la jurisdicción militar, que es tremadamente alarmante en muchos países.

En la doctrina nacional, siguiendo un camino parecido, que en nuestro sistema carece de todo asidero constitucional, se ha encarado hace ya mucho tiempo, lo que se consideró la determinación "precisa y exacta" del concepto de delito militar y de los elementos que lo caracterizan, aunque en verdad no se ha hecho más que confundir el problema, afirmando que "el delito debe ser considerado principalmente por los efectos que produce. Según sea el orden de relaciones contra el cual atente, será su naturaleza. Por ello, puede decirse que el delito militar es esencialmente distinto del común, pues mientras éste va contra el orden público y social, infringiendo las normas de convivencia, aquél afecta sólo el orden y la disciplina del ejército", de donde se deduce que "el elemento que caracteriza al delito militar como un delito *sui generis* está, pues, en el especial interés que el hecho lesiona" (Risso Domínguez, ps. 259 y 260). Conforme a este criterio —y sin salir del C.P. de la Nación— puede llegarse al absurdo de afirmarse la existencia de doce "derechos penales" diferentes y, por esta vía, hablar por ejemplo —como se ha hecho— de un "derecho penal sexual".

Modernamente, la tesis diferencial del delito militar sobre la base del bien jurídico afectado, ha cobrado entre nosotros nuevos bríos, con argumentos dogmáticos extraídos del C.J.M. Así, ha dicho Colombo que el fundamento mismo de la distinción sobre esa base finca en la sustantividad del derecho penal militar, en "el cambio de la base sobre que ha de asentarse a mi modo de ver, la construcción referente a la determinación de la naturaleza de las infracciones

esencialmente militares y de las militarizadas. Esa base suele concretarse en la exigencia del requisito: sujeto activo, militar. Me parece, por el contrario, que el centro de gravedad debe ser volcado hacia la naturaleza del bien o interés jurídico tutelado" (*Sustantividad*, p. 8). Conforme a ello, concluye en que la única característica diferencial válida en nuestra ley positiva sería la calidad del bien o interés jurídico protegido. "Claro es que, como he dicho y bueno sería que ocurriera de otra manera, hay infracciones esencialmente militares que sólo pueden ser cometidas por militares y jamás por un civil, v. gr. la deserción, pero ello no excluye que haya delitos esencialmente militares que puedan ser cometidos por civiles" (fdem, p. 13). Y aquí pone el ejemplo del art. 669, C.J.M.: "Los particulares o personas sin carácter ni asimilación militar que en buque, cuartel o establecimiento militar, pasaren a vías de hecho contra el personal en servicio, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años, salvo que hubieren cometido un delito más grave. Si la amenaza u ofensa fuera de palabra, serán reprimidos con cuatro a ocho meses de la misma pena. En iguales penas incurrá el particular que ofenda de palabra o de obra a un militar en presencia de tropa de su mando o de tropa formada".

§ 181. Nosotros ya hemos destacado suficientemente la importancia que, a nuestro juicio, tiene el bien jurídico para caracterizar al delito militar. No en vano el art. 108, inc. 1, del C.J.M., alude inequívocamente al mismo cuando define al delito esencialmente militar como "todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, tan sólo las leyes militares prevén y sancionan".

Pero al destacar la importancia del bien jurídico, creemos que en modo alguno se desdibuja la que posee el sujeto activo para arribar a la noción del delito militar. No nos parece dudoso que el delito militar entraña una violación al deber militar, a partir de su fundamento dogmático asentado en el art. 508 del Código castrense: "Constituye delito militar toda *violación a los deberes militares* que tenga pena señalada en este Código...".

Parece tan obvio que sólo los militares pueden tener verdaderos deberes militares, que pensamos que las hipótesis —por otra parte reducidísimas— en que un civil puede ser autor de un delito previsto por el C.J.M., son anomalías de la ley penal militar, de las que no deben extraerse principios generales, lo que nos llevaría, sin más, a constituir la excepción en regla.

Simplemente, y por más que estén contenidas en el C.J.M., en tales hipótesis no se puede hablar de delito militar. Si el delito militar entraña una violación al deber militar —como ya expresáramos— no nos parece dudoso que la ley penal militar sólo puede dirigir su mandato, y exigir el cumplimiento del deber militar, a quien ostente ese carácter. Afirmar que una persona sin estado militar puede cometer un delito militar, importa tanto como admitir que un civil pueda violar mandatos dirigidos a militares.

Poco importa por cierto que estos "falsos delitos militares" (así los denomina Rodríguez Devesa) estén ubicados en el C.J.M., no por ello pierden su carácter de delito común, pues es obvio que no es la ubicación de la norma la que le confiere su naturaleza.

§ 182. De *lege ferenda* compartimos ampliamente la opinión de que las "hipótesis de delitos que pueden ser cometidos por cualquiera, militar o no militar,

deberían 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*, por ejemplo, dejando en las leyes penales militares el espionaje cometido por militares, y el espionaje en general, en el derecho común...". (Rodríguez Devesa, *Exposición*).

§ 183. Insistimos, pues, en nuestra proposición inicial: *el delito militar ha menester tanto de la calidad militar del autor como del carácter castrense de los bienes o intereses protegidos*.

Peñamos, por otra parte, que la tesis del bien jurídico como criterio único ha descuidado tomar en consideración, cuando desprecia la calidad del autor para caracterizar al delito militar, que la sola objetividad jurídica no alcanza a convertir en delitos militares a numerosos delitos comunes que ofenden intereses jurídicos militares. Así ocurre en los casos de los arts. 80 bis, inc. 2; 81, inc. 1, segunda parte; 82, segundo parágrafo; 92; 93; 105, primer y tercer párrafos; 163, inc. 7; 167, inc. 4; 222; 225 ter; 247 bis y 247 ter del Código Penal.

Además, debe pensarse en la forma en que están estructurados ciertos tipos en el C.J.M.; v. gr., los delitos contra la disciplina, tomando por caso el delito de *vfas de hecho contra el superior*, arts. 656 y ss. C.J.M., cuya materialidad consiste en atacar al superior militar o maltratarlo de hecho causándole lesiones o la muerte. ¿No es obvio que en este delito militar se consumen delitos comunes de lesiones, agresión u homicidio? ¿Cuál es el *plus* que tienen respecto de tales delitos comunes las acciones incriminadas ba-

jo el nombre de *vías de hecho contra el superior*, si no la violación del deber militar?

Son muchos los ejemplos coincidentes que ofrece nuestro C.J.M.; para no abundar en ellos, terminaremos con el caso de la irrespetuosidad (art. 663, C.J.M.) siendo la acción típica, agraviar, amenazar, injuriar o de cualquier otro modo faltar el respeto debido al superior; aquí sin esfuerzo se advierten consumidos delitos comunes de injurias y amenazas, siendo la condición del autor (y del sujeto pasivo) determinante para conferirle esencia castrense. Naturalmente que el dolo del autor debe abastecerse del conocimiento de que la víctima es superior militar (porque así lo conoce o porque se da a conocer, o usa uniforme distintivo de su grado), porque si ello no ocurre el delito pierde su carácter militar, como se encarga de señalarlo el art. 666 del C.J.M., y queda tan sólo el delito común de que se trate, si bien serán competentes los tribunales castrenses para juzgar la infracción, atento al daño mediato ocasionado a la disciplina, bien jurídico protegido por la norma (cfr. Cavallero, *La agresión*, p. 34).

§ 184. Por otra parte, de la calidad de intruso que en nuestra dogmática tiene el falso delito militar da noticia la circunstancia de que todo el particularismo del delito militar en lo que hace a sus conceptos estructurantes (más allá de la calidad de autor y del bien jurídico protegido), sólo está presente cuando el autor tiene carácter castrense, por ejemplo arts. 514 (obediencia jerárquica), 515 a 518 (atenuentes), 519 (aggravantes), 520 (reincidencia), 521 y 522 (otras aggravantes) y 524 y 525. Establece concordantemente el art. 523 que "con excepción de lo prescrito en el art. 517, las disposiciones de este capítulo no rigen sino respecto de los delitos militares, y en ningún caso

serán de aplicación a los delitos comunes ni a los delitos especiales, cuando ellos sean de la jurisdicción de los tribunales militares".

§ 185. Creemos, además, que nuestra interpretación es la que mejor se concilia con el art. 50, parágrafo tercero, del C.P., que excluye a los delitos militares de la reincidencia, pues no advertimos a santo de qué el falso delito militar puede dejar de ser tenido en cuenta a los fines de la reincidencia, fundándose la exclusión de delito castrense en su falta de homogeneidad con el delito común. No hay ninguna otra razón de peso, porque nada hay que explique por qué los delitos reprimidos con pena privativa de libertad se toman en cuenta para la reincidencia —que en nuestro C.P. no es específica—, sea cual fuere el bien jurídico tutelado, y no se tomen en cuenta los que afecten a un bien jurídico únicamente (la defensa nacional) y eso sólo cuando estuviesen tipificados en leyes militares, porque los que afectan al mismo bien jurídico, y están tipificados en el C.P., se tomarían en cuenta a los efectos del art. 50, C.P. Esta conclusión sería francamente absurda.

§ 186. Para concluiríamos que con arreglo a los principios expuestos, estamos en presencia de un delito especial propio, vale decir, de sujeto activo caracterizado por su condición de militar. Sólo éste puede ser autor, aunque sin descartar la eventual participación de terceros, de acuerdo con las reglas del C.P. contenidas en los arts. 45 a 48 y los principios referentes a la accesoriadad.

§ 187. *De lege ferenda* observamos que "la aplicación de la ley penal militar a personas sin carácter militar es cuestión que preocupa a la opinión pública de todos los países como asimismo, aunque ello su-

ponga implicancias de tipo procesal, el que los sometidos a la ley penal militar tengan las mismas garantías que si fueran enjuiciados por la jurisdicción ordinaria" (Núñez Barbéro, p. 715).

Es así que en la República Federal Alemana si bien los civiles pueden ser sancionados por participación en los delitos militares, nunca pueden ser autores de una infracción militar, según la *Wehrstrafgesetz* del 30 de marzo de 1957, parágrafo 1, números 1 y 2. Otro tanto ocurre en Suecia donde, cabe destacar, se sigue además la tendencia de restar independencia legislativa al derecho penal militar, toda vez que la normativa penal castrense se encuentra contenida en el propio Código Penal en los capítulos XXI (delitos militares en tiempo de paz) y XXIII (delitos militares en tiempo de guerra o emergencia).

Por su parte, en los Estados Unidos de Norte América, con excepción de las zonas de guerra y de ocupación, donde impera la legislación de guerra, o en las plazas sujetas a la ley marcial, los civiles no están sujetos a la legislación castrense contenida en el *Uniform Code of Military Justice*. Lo que descarta, al menos por vía normal, la aplicación en los Estados Unidos de la ley penal militar a los civiles.

§ 188. Para evitar cualquier mal entendido, cabe consignar a este último respecto, que cuando hemos sostenido que *de lege ferenda* es menester actualizar el ámbito de la ley penal militar en tiempo de paz conforme a los adelantos técnicos, no por ello pretendemos extender la ley militar a civiles ni someter a civiles a los tribunales castrenses, sino *actualizar el concepto mismo de "militar"*, porque un sujeto que en un laboratorio tiene una función específicamente técnica, pero que es capaz —por sus conocimientos técnicos y por su acceso a los medios— de

salir a la calle con material que puede provocar destrucción masiva de bienes jurídicos, debe ser considerado hoy un militar, puesto que prácticamente tiene en sus manos, confiado por el Estado, en razón de una necesidad, un poder físico de destrucción que supera en mucho el de la mayoría de los medios militares y, consiguientemente, debe estar sometido a la ley castrense.

§ 189. Resta hacer por último una reflexión acerca de la causa por la cual se tipifican en un mismo texto —el C.J.M.— delitos militares y delitos comunes respecto de los cuales la ley penal militar opera como ley especial y que pueden ser cometidos por civiles, o sea, los que Rodríguez Devesa llama con acierto “falsos delitos militares”, como también acerca de dónde proviene la tendencia a que de todos estos delitos conozcan los tribunales militares, aunque sean cometidos por civiles.

Si reflexionamos un poco a este respecto, veremos con mucha mayor claridad el problema y resultará muy evidente que no es posible caracterizar al delito militar únicamente por el bien jurídico tutelado, particularmente en nuestro sistema legal y constitucional.

Para ello no debemos olvidar que en su origen, las fuerzas armadas eran el brazo armado del poder real. El rey imponía su autoridad por medio de ellas y todo lo que atacaba al rey, cuya persona era el Estado mismo, atacaba al Estado y a su existencia, por lo que una rebelión equivalía a una traición a la patria. Eso dio lugar a la aparición de los delitos de *lesa majestad*, que en el derecho imperial romano se fueron extendiendo como consecuencia de la consideración de la persona del emperador como “sacra”. Llegando a configurar tales delitos acciones tales como

fabricar telas púrpura (color imperial) o llevar la imagen del emperador en un prostíbulo. Dado que recién aparece la división de poderes del Estado en su forma contemporánea en el siglo XVIII, la división de la función judicial anteriormente no era más que una separación administrativa de funciones dentro de un único poder que se concentraba en el rey. Consecuentemente, lo lógico era que cualquier delito contra las fuerzas armadas, por ser contra el poder real, fuese asignado para su juzgamiento directamente al mismo ejército, lo cometiese quien lo cometiese, con tal que afectase a ese bien jurídico del rey.

Esto, dentro de un sistema republicano y con división de poderes del Estado, resulta inadmisible, y la existencia de los tribunales militares no es una excepción a la separación de poderes del Estado, sino que importa la existencia de órganos jurisdiccionales legos, que incluso está prevista en la C.N. para el caso de los jurados, pero a los que sólo pueden someterse los militares. No es, como hemos visto, el Poder Ejecutivo el que juzga, ni tampoco tiene otra facultad que la que posee respecto de los delitos cometidos en jurisdicción nacional (indultar o conmutar), porque el “cúmplase”, como lo hemos recalcado, no es una sentencia, dado que no puede modificar lo resuelto por el órgano jurisdiccional castrense.

En orden al criterio para establecer cuáles son los delitos militares, ya no cabe hacerlo por la vía del bien jurídico únicamente, porque eso afectaría a la división de poderes. Por otra parte, con el criterio de considerar delitos militares a los que cometen civiles y están tipificados en el C.J.M. —como viejo resabio de los antiguos delitos de “lesa majestad”—, no habría razón valedera alguna para no tener por delitos militares a los que afectan a la seguridad nacional y están tipificados por el C.P.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS MILITARES EN ORDEN AL BIEN JURÍDICO AFECTADO.

§ 190. El delito militar, tal como lo hemos visto, es un delito especial propio, pero debe afectar bienes jurídicos militares. Sin embargo, desde antiguo, se ha observado que no todo delito militar afecta únicamente bienes castrenses, sino que los hay que también afectan otros bienes jurídicos. En base a ello podemos distinguir dentro de los delitos militares, los delitos *exclusivamente militares y los militarizados*.

En realidad, se trata de lo que usualmente se llaman delitos con bienes jurídicos simples y delitos con bienes jurídicos complejos. Los delitos exclusivamente militares serían casi siempre delitos con bien jurídico simple, aunque puedan afectarlo simultáneamente de distinta forma o en diferentes sentidos, porque afectarían a la eficacia de la institución armada, a la seguridad nacional, al potencial defensivo de la Nación; en tanto que los delitos militarizados también afectarían esos bienes jurídicos, pero no sólo a ellos, sino simultáneamente a bienes jurídicos de otra naturaleza (vida, integridad física, honor, patrimonio, etc.).

§ 191. La doctrina italiana insistió en que es delito exclusivamente militar el que no está previsto en la ley penal común (cfr. Vico, p. 5). El concepto fue recogido por el art. 37 del C.J.M. italiano para tiempo de paz, cuyo párrafo segundo dice: "Es delito exclusivamente militar el constituido por un hecho que en sus elementos materiales constitutivos no está previsto en todo o en parte como delito en la ley común".

El Código Bustillo (art. 117) y nuestro C.J.M. vigente utilizan la expresión "delito esencialmente

militar". El actual Código castrense no alteró prácticamente la definición de Bustillo, al caracterizarlo en el art. 108, inc. 1, como aquella infracción "que, por afectar la existencia de la institución militar, tan sólo las leyes militares prevén y sancionan". La cuestión tiene en nuestra dogmática penal militar un alto interés práctico, porque cuando el último párrafo del art. 585, C.J.M., veda la unificación de penas con el delito común, lo hace sobre la base de que éste concurre con delitos específicamente militares.

§ 192. Claro está que sería más sencillo el análisis si el C.J.M. presentara tan sólo a la conceptuación teórica delitos en nada (ni en todo ni en parte) previstos por la ley común, como por ejemplo la automutilación (art. 820) y que como precisa el recordado art. 108, inc. 1, en tal sentido tan sólo las leyes militares prevén y sancionan. Empero, una breve recorrida por la parte especial del C.J.M. permite verificar la existencia de numerosos delitos que constituyen subsidiariamente delitos comunes en caso de desaparecer el ingrediente castrense que contienen. Por ejemplo, los delitos contra la disciplina, que por regla contienen conductas que, aunque menos graves, constituirían delitos comunes si el legislador no hubiera tenido en cuenta al tipificarlos el desvalor que en el ámbito militar importa la afectación de la relación de subordinación y del respeto y obediencia que se deben los militares.

Dar muerte al superior afecta por un lado al bien jurídico vida, que es protegido por el derecho penal común, pero también afecta a la disciplina, bien jurídico cuya protección corre por cuenta del derecho penal militar. Se trata, como hemos dicho, de delitos

con bien jurídico complejo, que también se han llamado delitos "pluriofensivos" (Núñez Barbero, p. 743).

§ 193. En estas hipótesis se adicionan necesariamente otros elementos típicos que no aparecen en los tipos del derecho penal común de que se trate, lo que proporciona la medida en que el interés lesionado es predominantemente militar, por lo que, estrictamente, hay delito militar (Lo Cascio, p. 33), que llamaremos delito "pluriofensivo predominantemente militar".

§ 194. Por otro lado, en otros casos la ley penal militar contempla delitos en los que no se altera para nada la estructura del tipo penal del derecho común, sino que los tipos resultan trasladados al ámbito militar porque a la ley castrense le ha parecido que la afectación de bienes jurídicos militares reclama una sanción más severa, o, como en el caso del art. 770, C.J.M., que debe ser perseguible de oficio: "Será reprimido con prisión menor el militar que calumniare o injuriare a otro de su mismo grado". Naturalmente que acá se trata también de una hipótesis pluriofensiva, que da lugar al que denominaremos delito "pluriofensivo predominantemente común".

§ 195. Cabe entonces como conclusión, señalar que el género delito militar, reconoce como especies tres categorías: a) delito esencialmente o exclusivamente militar; b) delito pluriofensivo predominantemente militar; y c) delito pluriofensivo predominantemente común, no debiendo llevar a equívocos la denominación de la última categoría, porque no puede sostenerse que la regla del art. 523, C.J.M., excepcio-

ne de los principios generales del derecho penal militar a tales delitos.

Solamente para la primera categoría (delito exclusivamente militar) está vedada la unificación de penas con el delito común (art. 585, C.J.M.), la que se funda, según la exposición de motivos, en la falta de homogeneidad de los mismos para que sea procedente la refundición de penas, circunstancia que, si bien se observa, no es absoluta en el caso del delito pluriofensivo predominantemente militar y menos aún en el predominantemente común.

V. *EL "DELITO MILITAR" A LOS EFECTOS DEL ART. 50 DEL CÓDIGO PENAL.*

§ 196. Aquí nos propónemos desentrañar el contenido de la exclusión del delito militar a los efectos del instituto de la reincidencia que dispone el art. 50 del C.P.

Ya hemos aclarado suficientemente que el delito militar no es comprensivo del falso delito militar (del que puede ser autor un civil) puesto que se trata de un delito común, por más que afecte un bien jurídico militar.

Como naturalmente no pueden existir dudas en lo que respecta al delito exclusivamente militar, entendemos que la cuestión se centra en la situación —en lo que a la norma del art. 50 del C.P. se refiere— del delito militarizado o pluriofensivo, ya sea predominantemente militar o predominantemente común.

Al respecto, debemos comenzar por hacer referencia a la génesis de la disposición del art. 50, C.P., debiendo consignar que la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, no introdujo la restricción en forma expresa

por considerarlo innecesario: "Hemos suprimido en el primer artículo del proyecto lo relativo a los delitos militares y amnistiados por creer que es evidente la exclusión de los mismos. Los delitos militares forman parte de un orden y de una jurisdicción diferentes. Obedecen a conceptos, reglas y disciplinas distintas y ajenas en mucha parte al factor civil" (exp. de motivos, cit. por Moreno, III, p. 95).

Por su parte el senador Ángel Rojas, en consonancia con el art. 55 del proyecto de 1906, proponía el siguiente texto para excluir de la reincidencia a los delitos exclusivamente militares: "A los efectos de la reincidencia no se tomarán en cuenta los delitos esencialmente militares ni los políticos, ni los amnistiados".

Es así, que, recogiendo precisamente la observación de Rojas, el senado da forma definitiva a la disposición, observando Moreno al respecto que "en cuanto a los delitos militares y políticos hemos visto ya que la Comisión Especial que presidió en la Cámara de Diputados consideró innecesaria la mención. Podría decirse, ante las dudas del Senado, que no daña la disposición cuando se supone que su ausencia pudiera dar lugar a erróneas interpretaciones. El motivo que la informa es bien claro. Los delitos exclusivamente políticos o militares se refieren a infracciones a determinadas organizaciones que deben mantenerse, pero que no suponen en el autor peligrosidad social. Son como ciertas contravenciones que no pueden marcar un mal antecedente, ni social, ni jurídico" (ídem, p. 100).

De lo expuesto surge meridianamente claro que la *ratio legis* fue excluir de la institución de la reincidencia al delito "esencialmente" (Rojas) o "exclusivamente" (Moreno) militar. Tal es, a nuestro modo

de ver, la base de la correcta interpretación del art. 50 del C.P.

Sólo de delitos exclusivamente militares (piénsese en la automutilación, dormición de centinela, ciertas hipótesis de motín) podría hablarse correctamente de ausencia de peligrosidad social y que no son susceptibles de marcar un mal antecedente, ni social ni jurídico. No puede en cambio afirmarse lo mismo de los delitos militarizados o pluriofensivos (por ej., vías de hecho contra el superior con homicidio, o irrespetuosidad con amenazas) donde la realización del injusto castrense causa daño también a bienes jurídicos que protege el derecho penal común. Si un sujeto mata antijurídica y culpablemente a un superior militar mientras está bajo bandera, y más tarde —cuando ya no tiene carácter castrense— da muerte reprochablemente a otra persona (o realiza cualquier otro injusto) no existe razón para que se le deje de considerar reincidente.

§ 197. Si dejamos los antecedentes que hacen al curso mismo de sanción de nuestro C.P. vigente y vemos cómo se introdujo la excepción dentro de nuestra legislación común, es aún más evidente que se trata únicamente de los delitos exclusivamente militares y en modo alguno de los pluriofensivos o militarizados. La excepción fue introducida por el art. 15 de la ley 4189 al reformar el inc. 20 del art. 84 del Código de 1886. Había sido tomado del Código francés, donde no dejaba lugar a dudas, pese a que los reformadores de 1903 lo hicieron descuidadamente. El tercer párrafo del art. 56 del Código Penal francés, conforme a la reforma de 1832, dice: "En cualquier caso, el individuo condenado por un tribunal militar o marítimo será, en caso de crimen o delito posterior, pasible de la pena de la reincidencia, en tanto que se haya

pronunciado la primera condenación por crímenes o delitos punibles de acuerdo con las leyes penales ordinarias".

Por supuesto que no todo delito militarizado o pluriofensivo puede ser tomado en cuenta a los efectos del art. 50, ya que no puede contar para la reincidencia el delito que, independientemente de la ley militar, sólo daría lugar a un delito común que no está penado con pena privativa de libertad, o está penado con pena privativa de libertad y otra de distinta naturaleza en forma alternativa.

§ 198. A este respecto cabe hacer una acotación más acerca de la pretendida naturaleza disciplinaria del derecho penal militar: si las decisiones de los tribunales militares no tuvieran carácter jurisdiccional penal, mal podría hablarse de sentencias firmes que deban tomarse en cuenta a los efectos de la reincidencia, pronunciadas por esos tribunales, aunque se tratase de delitos comunes. La circunstancia de que nuestro art. 50 del C.P. excluya sólo de la reincidencia a los delitos militares y no a los delitos comunes, aunque hayan sido juzgados por tribunales militares, como en el caso de los delitos comunes cometidos por militares en actos de servicio, revela claramente que considera que los mismos son órganos jurisdiccionales penales. El disciplinarismo tendría que concluir en que todo delito de jurisdicción militar, sea militar o común, está excluido de la reincidencia, lo que en modo alguno dice el art. 50 del C.P., pese a que fue sostenido en Francia por Chaveau y Hélie.

VI. LOS LINEAMIENTOS GENERALES DE LA TEORÍA DEL DELITO.

§ 199. La estructura general de la teoría del delito militar, como consecuencia de ser una especialización del concepto general del delito, no sufre alternativas que la cambien fundamentalmente, sino que sus caracteres pueden presentar particularidades que le distinguen del general. Por consiguiente, los lineamientos de la misma, es decir, los mismos caracteres tiene el delito militar que el común, salvando, claro está, las diferencias en el análisis de cada uno de ellos que oportunamente pasaremos a ver.

Ante la innecesidad de repetir aquí conceptos que son del derecho penal en general, nos limitaremos simplemente a recordar que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Esos niveles analíticos los sostendremos de la siguiente manera: cuando queremos averiguar qué es un delito (es decir, cuáles son las características que debe tener un hecho para ser considerado delito), necesariamente debemos buscar la respuesta en el C.J.M. Aún sin necesidad de abrir el mismo, sabemos que los delitos no pueden ser otra cosa que conductas humanas, pues carece hoy de sentido hablar de "delitos" que no sean conductas humanas.

Afirmando que el delito es la conducta de un hombre, sabemos que entre una infinita cantidad de conductas posibles, sólo algunas son delitos. Para poder distinguir las conductas que son delito de aquellas que no lo son, acudimos al libro segundo del tratado tercero del C.J.M., donde unos dispositivos legales describen —por decirlo provisionalmente así— las conductas prohibidas a las que se asocia una pena como consecuencia. No habrá delito, pues, cuando

la conducta de un hombre (militar) no se aadecue a alguno de esos dispositivos.

Técnicamente llamamos *tipos* a estos elementos de la ley penal militar que sirven para individualizar la conducta que se prohíbe con relevancia penal a partir del art. 621, C.J.M.

Cuando una conducta se aadecua a alguno de los tipos legales, decimos que se trata de una conducta típica o, lo que es lo mismo, que la conducta presenta la característica de tipicidad.

De este modo, hemos obtenido ya *dos caracteres del delito: genérico uno (conducta) y específico otro (tipicidad), es decir, que la conducta típica es una especie del género conducta.*

No obstante, con la sola característica de tipicidad no se individualiza suficientemente la especie delito, porque a poco que leamos más detenidamente el texto legal nos percataremos de que no toda conducta típica es un delito, puesto que en el art. 34, C.P., aplicable en función del 510, C.J.M., hay casos en que no hay delito porque no hay conducta (fuerza física irresistible, inconsciencia), otros en que no hay delito porque no hay tipicidad (algunos supuestos de error, cumplimiento de un deber jurídico), pero también hay casos en que para la ley penal no hay delito pese a haber una conducta típica.

En efecto, si reparamos en el enlistaado del art. 34, C.P., vemos que hay supuestos en que operan permisos para realizar acciones típicas. Tales como los casos de estado de necesidad (art. 34, inc. 3), de legítima defensa (art. 34, incs. 6 y 7), y en general, de supuestos de "legítimo ejercicio de derecho" (inc. 4). Técnicamente, decimos en todos estos casos, que opera una *causa de justificación que excluye el carácter delictivo de la conducta típica*.

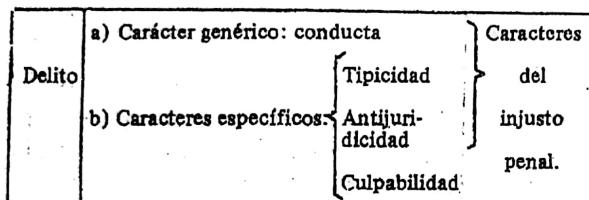
De esto resulta que *a veces hay permiso para cometer conductas típicas*. Cuando la conducta típica no está permitida, diremos que, además de típica, será también contraria al orden jurídico funcionando como unidad armónica, porque de ninguno de sus preceptos surge un permiso para realizarla. *A esta característica de contrariedad al orden jurídico funcionando como conjunto armónico –que se comprueba por la ausencia de permisos– la llamaremos antijuridicidad y decimos que la conducta es, además de típica, antijurídica.*

Consecuentemente, para que haya delito, no será suficiente con que la conducta presente la característica de tipicidad, sino que *se requerirá que presente también un segundo carácter específico: la antijuridicidad*. Pese a esto, si leemos nuevamente el art. 34 del C.P., veremos que hay supuestos de los que que se deduce que no toda conducta típica y antijurídica es un delito, porque menciona supuestos en que la conducta es claramente típica, en que nadie puede juiciosamente decir que hay un permiso y, sin embargo, tampoco hay delito. Así, por ejemplo, el que por su incapacidad psíquica no puede comprender la antijuridicidad de su *hacer* (el vulgarmente llamado "loco"), no comete un delito pero su conducta es típica y no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación (porque el loco –por el mero hecho de ser loco– no tiene permiso para tricionar a la Patria ni para amotinarse). El loco realiza una conducta típica y antijurídica, que no es delito.

En doctrina, *llamamos a la conducta típica y antijurídica, un "injusto penal"*, reconociendo que el injusto penal no es aún delito, sino que, para serlo, ha menester serle reprochable al autor en razón de que tuvo la posibilidad exigible de actuar de otra manera, requisito que no se da, por ejemplo, en el supuesto

del loco, a quien —en razón de su incapacidad psíquica— no se le puede exigir otra conducta. A esta característica de reprochabilidad del injusto al autor es a lo que denominamos *culpabilidad* y constituye el tercer carácter específico del delito.

De esta forma esquemática habremos construido el concepto de delito como conducta típica, antijurídica y culpable.



§ 200. Esta definición del delito como conducta típica, antijurídica y culpable, nos da el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en cada caso concreto si hubo o no delito. En primer lugar, debemos preguntarnos si hubo conducta, porque si falta el carácter genérico del delito nos hallamos ante un supuesto de ausencia de conducta y no cabe preguntar más. Luego, debemos preguntarnos por los caracteres específicos, pero también allí debemos seguir el orden señalado, porque si concluimos que la conducta no está individualizada en un tipo penal, no tiene caso averiguar si está permitida o si es contraria al orden jurídico y menos aún si es reprochable, puesto que jamás será delito, aunque ambas respuestas sean afirmativas. Nos hallaremos en un caso de falta de tipicidad, que se denomina *atipicidad* (*la conducta es atípica*).

Si nos hallamos con una conducta típica, cabrá entonces que nos preguntemos si esa conducta es anti-

jurídica, porque en caso negativo no tiene sentido preguntarse por la culpabilidad, porque el derecho no se ocupa de la reprochabilidad de las conductas que no son contrarias a él (que están *justificadas*).

Cuando tenemos una conducta típica y antijurídica (*un injusto*) recién cobra sentido preguntarse si esa conducta le es reprochable al autor, es decir, si es culpable. En los supuestos de *inculpabilidad* el injusto no es delito.

Nuestra exposición tendrá por objeto explicitar lo que aquí queda bosquejado y precisar el contenido de cada una de estas categorías del delito.

Por supuesto que esta exposición abarcará los supuestos en que estos caracteres del delito militar se hallen ausentes y, por ende, no hay delito (*el llamado "aspecto negativo" del delito: ausencia de conducta, atipicidad, justificación e inculpabilidad*).

Capítulo VIII

LA CONDUCTA

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN DENTRO DE LA TEORÍA DEL DELITO MILITAR.

§ 201. El delito, tal como lo hemos dicho, es siempre, y ante todo, una conducta, es decir un *acto de voluntad* que se dirige a un objeto alterándolo. El concepto de conducta que se halla en la base de la teoría del delito *no es un concepto jurídico*, sino que es el *concepto óntico* de la conducta humana, o sea que *se trata de la conducta tal como es en la realidad*.

No puede ser de otra manera, puesto que el derecho en general (y el derecho penal militar, como parte del mismo), no puede pretender nada más que regular conducta humana, dado que hace muchos años que se superó el tiempo en que el derecho pretendía regular hechos de cosas y animales. Si se pretendiese que el derecho quiere regular hoy algo distinto de la conducta humana, estaríamos quebrando el actual concepto universal de derecho, entendido como orden regulador de conducta humana. Cuando se pretende que el concepto de conducta humana del derecho penal general o del derecho penal militar en especial es un concepto elaborado por la ley o por el dere-

cho, lo que se pretende es que lo regulado no es la conducta humana tal como es en la realidad, sino algo distinto, con lo cual resulta que estaría prohibiendo cosas que son distintas de las conductas humanas, y por consiguiente, no sería derecho, al menos tal como lo entendemos universalmente.

El principio de que no hay delito sin conducta (*nullum crimen sine conducta*) es una elemental garantía jurídica, puesto que nadie puede ser penado si no hace nada, como tampoco puede ser penado el pensamiento, es decir, el acto interno que no se traduce en un accionar exterior, en una mutación del mundo físico. Cualquier tentativa de eliminar a la conducta humana de la base del delito, como *carácter genérico* del mismo, es una tentativa totalitaria destinada a penalizar pensamiento, formas de ser, color de piel, ideas religiosas, concepciones del mundo, etc.

§ 202. Respecto de la conducta, como carácter genérico de todo delito (común o militar), se ha producido una cuestión de denominación; que da lugar frecuentemente a dudas e interrogantes, no siempre bien resueltos. Para no confundir el planteamiento y el desarrollo de nuestra teoría del delito militar debemos esclarecer previamente esta cuestión, que es terminológica, pero que puede derivar en serias confusiones de fondo, en el caso de no ser esclarecidas oportunamente. Para ello, explicaremos nuestra terminología.

Hay autores que hablan de "acto" como un concepto que abarca la acción –entendida como hacer activo– y la "omisión", entendida como no hacer lo debido. Creemos que a nivel de la conducta, es decir, antes del plano analítico de la tipicidad, no hay "omisión", sino que todas son acciones. De allí que en la

terminología que empleamos, "acto" y "acción" sean sinónimos.

Hay también autores que prefieren hablar de "acto" o de "acción", y se niegan a denominar a éste carácter genérico como "conducta", argumentando que con "conducta" se denota un comportamiento más permanente o continuado que con "acto" o "acción".

No creemos que esto sea fundado, porque la extensión de actividad que debe considerarse la determina el tipo y no la expresión que usamos a nivel óntico-ontológico.

Otros autores utilizan en un particular sentido penal la voz "hecho", considerando que "hecho" es la conducta más el nexo causal y el resultado. Para nosotros "hecho" es una expresión que debe ser entendida aproximadamente en el mismo sentido en que la emplea el Código Civil: "son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, trasferencia o extinción de los derechos u obligaciones" (art. 986).

El C.J.M. utiliza la expresión "hecho" en muchas ocasiones, tales como, por ej., los arts. 515, incs. 2, 5 y 7; 519, inc. 11; 605, etc. Parece hacerlo en el mismo sentido de "delito", que es la expresión que prefiere, a diferencia del C.P., que emplea "hecho" como sinónimo de delito con mucha mayor frecuencia. De cualquier manera, de las disposiciones del C.J.M. que emplean la voz "hecho" y de las de la parte general del C.P. que son aplicables en función del art. 510 del C.J.M., resulta que se trata de una expresión que no tiene un sentido definido en el ámbito penal, sino que puede afirmarse que con ella se denota algo que en cada caso es menester investigar dogmáticamente de qué se trata, particularmente en el C.P., que hace abuso de la misma, quedando abierta

la posibilidad de entender por hecho una mera exterioridad de delito, una conducta, una conducta típica, un injusto o un delito. Es menester investigar en cada caso qué es "hecho", tarea que el C.P. deja a cargo del juez.

Los hechos pueden ser humanos (si participa un hombre, en cualquier forma que lo haga) o de la naturaleza, en que no participa el hombre. Los que nos interesan son los hechos humanos, pero no todo hecho en que participa el hombre es una conducta, porque no es conducta el hecho humano en que un hombre toma parte como una mera masa mecánica. Los hechos humanos se subdividen, pues, en voluntarios e involuntarios, y los hechos humanos voluntarios son, precisamente, las conductas.

hechos	de la naturaleza	
	del hombre	involuntarios
	voluntarios (conductas)	

§ 203. La conducta, así como la entendemos, requiere necesariamente la voluntad porque *no hay conducta humana sin voluntad*. Toda conducta se dirige a algo, porque nada se hace para nada. "Voluntad" no es lo mismo que "deseo", aunque en el lenguaje corriente suelen confundirse ambas expresiones. Algo es voluntario cuando es querido, es decir, cuando el sujeto realiza una serie de movimientos dirigidos a un objetivo, a una finalidad. Sin embargo, a diario, en la vida realizamos conductas con voluntad, pero sin deseo de realizarlas. El sujeto que va a trabajar el lunes por la mañana, difícilmente tiene muchos deseos de trabajar, pero lo hace con "voluntad", a tal punto que incluso en el lenguaje cotidiano, si el es-

fuerzo para vencer al deseo en contrario es grande, decimos que hay una gran "fuerza de voluntad". *La voluntad es, simplemente, ese aspecto interno de la conducta que hace que dirijamos lo que exteriormente no son más que movimientos hacia una meta, hacia un objetivo, aunque ese objetivo no sea deseado*. El deseo es un "ánimo", algo que permanece en nuestro interior, pero que nada afecta al movimiento mismo. Una cosa es desear la muerte de alguien y otra es conducirse dirigiendo la voluntad a matar a alguien.

§ 204. La voluntad, que es el aspecto interno necesario de la conducta, no es necesariamente libre, porque hay conductas (necesariamente voluntarias, porque de lo contrario no serían conductas) que no son libres. Cuando alguien nos coloca un arma en la sien y sentimos contra nuestra piel el frío del extremo del cañón de la misma, al tiempo que nos ordena escribir una carta, realizamos una conducta al escribirla, porque dirigimos voluntariamente nuestros movimientos, damos forma a cada una de las letras y de las palabras, comprendemos el sentido de las mismas, dirigimos nuestra exteriorización física, pero no tenemos libertad para dejar de hacerlo, al menos en el grado de que el ámbito de la misma sea reprochable por el derecho. Aquí hay voluntad, hay un "querer" del resultado "carta escrita", pero *ese querer no es deseado ni es libremente elegido*, sino que se motiva en el frío del metal que sentimos en la sien.

§ 205. Un análisis de la estructura de la conducta nos aclara más el problema de la voluntad como querer, que no es más que la dirección de los movimientos hacia una meta.

En la estructura de la conducta humana no podemos hablar de "elementos de la conducta" como si

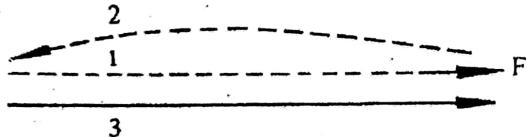
la conducta se compusiese de una suma de elementos, pero podemos considerar en el análisis aspectos de la conducta y, básicamente, distinguir el aspecto interno del aspecto externo.

Al aspecto interno de la conducta, pertenece la proposición de un fin (1) y la selección de los medios para su obtención (2).

Siempre que nos proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad para que se produzca el resultado querido. En esa selección no podemos menos que representarnos también los resultados concomitantes.

Terminada esta etapa, pasamos a la exteriorización de la conducta (aspecto externo), consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado (3).

Ejemplo: nos proponemos ir a París (1); nos representamos nuestra presencia en París y, desde allí seleccionamos los medios para llegar a París (viajar por avión, por buque, etc.); también nos representamos los resultados concomitantes (por buque tardamos más tiempo y ello nos hará perder más días de trabajo) (2); como tercera etapa, ya en el mundo externo, ponemos en marcha la causalidad para llegar a París, tomamos el avión, el buque, etc. (3).



En el campo de la causalidad sólo hay causas y efectos, en un proceso ciego que va al infinito. El nexo de la causalidad —a nivel científico— no tiene una

dirección. En lugar, la finalidad siempre es "vidente" (Welzel, p. 33), es decir, tiene un sentido y se asienta sobre la previsión de la causalidad. El nexo de finalidad "toma las riendas" de la causalidad y la dirige.

Todo ese aspecto interno de la conducta, es decir, la selección del fin y de los medios es la voluntad de la conducta, la que siempre debe requerir, necesariamente, una finalidad, porque no hay ninguna voluntad que no tenga un fin, no hay ninguna voluntad que no se dirija a una finalidad. La voluntad sin finalidad es algo que no se sostiene porque no lo podemos concebir: la voluntad siempre supone un contenido y el querer siempre es un término relativo que presupone un *algo* que se quiere.

§ 206. Esta estructura de la conducta es el concepto "real" —por así decir— de la conducta, que también —más certeramente— se denominó "óntico-ontológico". Para nosotros la conducta que puede ser delito no se distingue de la conducta humana tal cual es en la realidad. Técnicamente expresada, esta idea significa que hay una completa identidad entre el concepto óntico-ontológico y el jurídico-penal de conducta, o directamente que no hay un concepto jurídico-penal de conducta.

Si bien no es posible afirmar que esta posición se identifique con una determinada corriente filosófica, el origen de la misma es aristotélico. Aristóteles no concebía ninguna conducta voluntaria que no fuese final. Para él eran voluntarios finales los actos que nosotros llamamos inculpables, con lo que distinguía nítidamente la voluntad de la culpabilidad, sin escindir la finalidad de la voluntad (Ética Nicomaquea, libro III, 1). De Aristóteles tomó la posición Santo Tomás, para quien la idea central de su sistema no era la causalidad, sino la finalidad, lo que funda la distinción

tomista entre la naturaleza como hecho y la naturaleza como razón: en tanto que lo no humano tiende a su fin en forma causal, el hombre debe buscar su fin y procurar alcanzarlo, planteo que opone causalidad a finalidad. Duns Escoto también toma la idea y desarrolla su teoría de la imputación que tiene dos estratos: una relación de "dominio del hecho" (que supone la finalidad) y una relación de la que surge lo que corresponde al agente por su acto (Cuestiones Quodlibetales, C18, art. 2, 25).

II. LA PRETENSIÓN DE QUE EL DERECHO PENAL MILITAR PENA HECHOS QUE NO SON CONDUCTAS.

§ 207. Una de las más serias confusiones que ha tenido lugar en el derecho penal militar se ha desarrollado en torno de la voluntad, es decir, de la conducta como elemento genérico del delito militar. La confusión proviene del derecho español y ha tenido algunas repercusiones en el nuestro, aunque afortunadamente se evitaron —en gran medida— como resultado de la prudencia de nuestro legislador.

§ 208. Veamos *cómo se planteaba el problema en España*. El art. 1 del C.P. español de 1870 decía (y el vigente sigue diciendo): "Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley". "Voluntarias" se ha identificado por un sector de la doctrina española como proveniente de la voluntad, en tanto que otro lo considera como que es sinónimo de "dolosas" y recientemente se propone una tercera, en cuyo detalle no tenemos por qué entrar, dado que es un problema ajeno a nosotros (sobre ello, Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, I, ps. 22 y ss.). El C.P. de la Marina de Guerra, de 1888, era mucho más restric-

tivo, porque exigía el dolo *directo* para que haya delito militar: "Son delito o faltas —decía su art. 1— las acciones u omisiones penadas por la ley y ejecutadas con *malicia*". En lugar, el Código de Justicia Militar español de 1890, decía simplemente que "son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en esta ley" (art. 171). En rigor resultaba más coherente la formulación del código militar que la del marino porque no todos los delitos son dolosos, pero la cuestión se confundió extremadamente porque la supresión del requisito de la "malicia" (dolo directo) se pretendió entender como la supresión del requisito mismo de la voluntad, con lo que resultaba la pretensión de que el Código de Justicia Militar, penase como delitos hechos que no son conductas, actos o acciones

Esta interpretación fue la que se dio desde los comienzos mismos de la interpretación del derecho penal militar español. Así, se dijo:

"El derecho militar, esencialmente utilitario, señala como punibles actos en que la voluntad no podría demostrarse, y precisa castigos en circunstancias determinadas para individuos cuya participación en hechos concretos no se justifica. Buena prueba de lo dicho constituye el acto de dormirse un centinela y la sedición, cuando no se acredite quién fue el autor de los gritos sediciosos en que consista". (Conejos D'Ocon, p. 21). En el mismo sentido se expresó en Méjico otro autor, quien deducía que el caso de la sedición constituye nada menos que "un reconocimiento indudable de la sustantividad del derecho penal militar, porque éste explica y hasta justifica el precepto" (Calderón Serrano, p. 37). Más contemporáneamente, Díaz Llanos acepta una forma de responsabilidad objetiva, aunque sin darle al principio un carácter tan general ni absoluto (ps. 165 y 166). Los ecos de este objetivismo extremado han llegado hasta nosotros y se

ha sostenido que es la característica diferencial del derecho penal militar, al más puro estilo español de fines del siglo pasado: "en cuanto a la sanción, en materia de legislación común —se ha dicho—, en el agente debe concurrir la voluntad. . . en la ley militar no se exigen esas circunstancias y sólo basta la posibilidad del daño, por ejemplo, el caso del centinela que se duerme" (Bernardi, p. 1036).

De ser ciertas semejantes afirmaciones, es decir, de ser verdadero que el derecho penal militar erige en delito conductas en las que no hay voluntad (lo que es una *contradictio in adjectio*), resultaría que el derecho penal militar no sólo sería particular frente al derecho penal, sino frente a todo el derecho, porque en definitiva estaría penando o regulando hechos humanos que no son conductas, lo que *equivaldría a decir que no es derecho*. Si en algún momento llegásemos a esta conclusión, lo menos que podemos hacer es cerrar los libros y dedicarnos a otra cosa, porque todos los conceptos jurídicos habrían entrado en crisis definitiva, al menos para los que creemos que al hombre sólo se le puede penar por lo que hace, pero no por lo que "causa" únicamente, porque en este último caso, tanto mal puede causar un hombre como un rayo o una culebra y, en todo momento, nadie puede olvidar, bajo ningún concepto, en nuestro orden jurídico en particular y en el concepto universal del derecho en nuestra cultura contemporánea, que todo soldado —desde el más alto oficial hasta el último de los reclutas— es un hombre y, como tal, una persona, a la que sólo puede penarse por lo que hace (por su conducta) y nunca por lo que simplemente causa o puede causar, lo que sólo puede dar lugar a un supuesto de necesidad en el cual el mal que se le ocacione para evitar el que amenaza causar nunca es una pena, sino una conducta legítima siempre que entre dentro de los lí-

mites de lo que para el no militar sería justificado o inculpante.

El problema queda claro si tenemos en cuenta que por "voluntario" nadie tiene por qué entender "doloso" y menos aún "doloso con dolo directo", como parecía entenderse en el antiguo Código Marino español. Pero ello nada tiene que ver con que haya o no conducta, porque la conducta culposa o negligente también es voluntaria, sólo que la voluntad no se dirige al resultado que se causa, sino que éste proviene de que en la voluntad realizadora se han seleccionado defectuosamente los medios para alcanzar otro resultado: Que dada la gravedad de las consecuencias de las conductas culposas en el ámbito penal militar, éstas sean más graves que en el derecho penal común, es comprensible, pero también es éste un fenómeno que la política criminal deberá contemplar en el derecho penal común, porque dada la mayor tecnificación actual, en general las conductas culposas son hoy de posibles consecuencias más graves que en los tiempos de los viejos códigos.

§ 209. En nuestra legislación no existe el problema dogmático que tuvieron los españoles, porque incluso en el Código para la Armada Argentina, proyectado en 1882, el art. 3 decía claramente que los delitos podían ser intencionales o de culpa, lo que descartaba toda posibilidad de considerar que fuera de esas hipótesis hubiese delito y, menos aún, la pretensión descabellada de llevar la responsabilidad objetiva hasta el extremo de sostener que hay delito aunque no haya conducta humana (voluntad). La responsabilidad objetiva normalmente es un desconocimiento del principio *nullum crimen sine culpa*, que se traduce en la afirmación de que el resultado de una acción nunca puede ser imputado a un hombre si al menos

no lo causó por culpa, pero puede llevarse mucho más allá, como se ha pretendido en los casos que nos ocupan, y llegar a considerar que el soldado es una "cosa" que hay que penal cuando puede causar o cuando ha causado un mal, pasando por sobre el requisito elementalísimo de la existencia de una conducta humana. La pretensión de que un delito militar puede ser un simple proceso causal que no sea conducta es el resultado de considerar al soldado como una "cosa" y no como una persona, lo que se deriva de una concepción antropológica según la cual el hombre no tiene ninguna dignidad especial, sino que es una "cosa" más, sin nada que lo señale cualitativamente. Esta concepción responde a un materialismo ingenuo, propio del siglo pasado y de la misma consideración del hombre al puro nivel biológico, es decir, como una suerte de máquina complicada.

Nuestro Código Bustillo (art. 503) definía al delito militar como "infracción a los deberes militares" y nuestro Código vigente (art. 508) lo define como "violación de los deberes militares", lo que no deja lugar a dudas de que nuestra legislación se halla claramente asentada sobre la base del principio *nullum crimen sine conducta* (no hay crimen sin conducta), que por otra parte, es la única compatible con los principios constitucionales y con una concepción cristiana del hombre, conforme a la cual de lo único que puede predicarse que es bueno o malo es de una conducta humana. Si el delito militar es ante todo una *violación del deber*, a nadie puede ocurrírsele que haya algo distinto de conductas humanas que violen deberes, porque no pueden violar deberes los procesos causales ciegos: no viola ningún deber el piloto militar al que en forma totalmente imprevisible se le desbarata su aparato en el aire, por mucho que sea el mal que cause, porque eso no es una conducta. Su conducta es pi-

lotear el avión, y si lo hacía legítimamente y con el cuidado debido, no hay deber violado. El estallido de la máquina es un simple acontecimiento causal de un resultado, completamente ciego, que no está dirigido por ninguna voluntad humana, es decir, que no ha sido proyectado ni programado para que así ocurra ni tampoco ha ocurrido por efecto de una deficiente programación de una conducta dirigida a otro fin (pilotear, en este caso).

En síntesis, y dogmáticamente hablando, a partir del art. 508 del C.J.M. puede afirmarse que, como sólo las conductas humanas pueden violar deberes, sólo las conductas humanas pueden ser delitos militares.

Uno de los argumentos dogmáticos a los que más peso quiso dársele para afirmar que el C.J.M. penaba como delitos hechos humanos que no son conducta, es la previsión del art. 732, pero, como veremos al ocuparnos de la ausencia de conducta, este caso no es una excepción al principio general de que no hay delito sin conducta. Otro de los casos en que dogmáticamente pretende fundarse ese aserto es el del art. 689, cuando no pudiese descubrirse al autor de la voz alzada en sentido subversivo estando la tropa reunida, que dispone que será quintada la fracción o unidad de donde la misma hubiese provenido. Como ya hemos dicho, éste último caso es un supuesto de omisión de denuncia, aunque sea dudosa su constitucionalidad, en cuanto a que no aplica a todos los que omiten la misma pena, sino que libra la pena al azar, lo que sería contrario al art. 16 constitucional (igualdad ante la ley). Salvo esta objeción constitucional, todos los que pudiesen identificar al autor del delito no harían más que incurrir en un delito que sería una forma de la omisión del art. 187, C.J.M., calificada especialmente (v. n.º 146).

III. EL RESULTADO Y EL NEXO DE CAUSALIDAD: SU UBICACIÓN DOGMÁTICA.

§ 210. Está discutida la posición que dentro de la teoría del delito deben ocupar el resultado de la conducta y el nexo de causalidad que une a la conducta con el resultado.

Sabemos que cuando un sujeto dispara un balazo contra otro para matarle (conducta homicida) y éste muere como resultado del balazo tres días después, hay una relación de causa a efecto entre la conducta homicida y el resultado muerte. Esta es la relación o nexo de causalidad. Algunos autores sostienen que el resultado (muerte) y el nexo de causalidad (explosión de pólvora que tiene por efecto que el proyectil salga disparado, que es la causa que tiene por efecto que la herida atraviese el pulmón, que es la causa que tiene por efecto la hemorragia, que es la causa que tiene por efecto la muerte de la víctima), deben ser considerados junto con la conducta a nivel pre-típico, en tanto que otros entienden que el resultado y el nexo de causalidad deben ser considerados en la teoría del tipo. Por nuestra parte creemos que es necesario precisar algunas distinciones para responder a la cuestión,

a) Ante todo, debemos distinguir la previsión de la causalidad del nexo de causalidad. La previsión de la causalidad pertenece a la conducta y no puede separarse de ella, porque sobre ella se monta la finalidad. La previsión se refiere aquí a una causalidad futura, imaginada por el autor. En lugar, el nexo de causalidad es algo pasado, histórico, que el juez comprueba después del hecho, al momento de juzgar.

b) Conforme a esta distinción, la previsión de la causalidad pertenece a la conducta, pero el nexo de

causalidad y el resultado se hallan fuera de la conducta. La acción de arrojar una bomba sobre Hiroshima y el resultado "Hiroshima arrasada", son cosas diferentes. "Hiroshima arrasada" no "pertenece" a la acción de arrojar la bomba, sino que sólo es su resultado.

Sin embargo, a toda acción corresponde un resultado y ambos están unidos por un nexo de causalidad. Nexo de causalidad y resultado, si bien no forman parte de la conducta, la acompañan como una sombra.

Esto ha determinado que algunos autores, percatándose del fenómeno y reconociendo que el nexo causal y el resultado no forman parte de la conducta, hayan buscado un concepto que englobe a los tres: conducta, nexo y resultado. Algunos han llamado a este conjunto "hecho", vocablo que para nosotros es inadecuado. Los italianos lo denominan "evento", expresión que en castellano suele emplearse con un contenido de contingencia que desvirtúa lo que quiere señalarse. Por nuestra parte, creemos que la palabra más adecuada es "pragma" expresión de origen griego con la que varios filósofos designan precisamente a la acción que incluye lo por ella alcanzado, lo "procurado en el procurar" (Heidegger, Szilasi, Ricoeur, Binswanger).

c) De toda forma, quedando claro que el resultado y el nexo causal no forman parte de la acción pero la acompañan en forma inescindible, y que los tres conceptos se pueden abarcar en el de "pragma", lo cierto es que la causalidad y el resultado en forma pre-típica no son un problema del derecho penal.

El derecho penal no ignora que toda conducta tiene un resultado, es decir, que altera algo en el mundo exterior. El problema jurídico penal no está allí, sino en la forma en que el derecho penal releva el re-

sultado y la causalidad a los efectos de la prohibición legal de la conducta. Éste —y no otro— es el problema penal y esto en modo alguno puede ser cometido que se cumpla pre-típicamente, sino que es una cuestión que interesa recién en la teoría del tipo.

Así, en el caso de homicidio, lo que interesa investigar a nuestra ciencia es que el tipo (art. 79, C.P.), para considerar prohibida una conducta como típica de homicidio, requiere que como término de una relación causal iniciada por la exteriorización de la conducta homicida del autor, se haya producido el resultado de la muerte de la víctima. *La causalidad y el resultado en su ser —como integrantes del "pragma"—, no son un problema jurídico sino físico.*

IV. LA CONDUCTA COMO CARÁCTER GENÉRICO DEL DELITO MILITAR, COMÚN A TODAS LAS FORMAS TÍPICAS.

§ 211. Una elemental prueba sistemática de la validez del concepto de conducta que hemos dado consiste en comprobar que la acción entendida en sentido óntico-ontológico sirve de base a todas las formas que los tipos adoptan para individualizar sus prohibiciones, es decir, que siempre los tipos prohíben conductas respetando esta estructura del ser de la conducta.

La acabada demostración de este aserto se hallará al considerar las distintas formas típicas en detalle, pero, de momento, nos bastará con dar una idea de la cuestión, a efectos de evitar que puedan mover a confusión algunos planteamientos críticos.

Una de las principales clasificaciones estructurales de los tipos de penales distingue entre tipos dolosos y culposos. *Los tipos dolosos prohíben conductas atendiendo a la prohibición de procurar por el fin de*

la conducta, es decir, que lo prohibido es la puesta en marcha de la causalidad en dirección al fin típico (muerte de un hombre, daño en la propiedad ajena, etc.). Ninguna duda cabe de que aquí los tipos captan este concepto de conducta, que no ofrece en ellos inconveniente alguno.

Los tipos culposos son los que prohíben conducta atendiendo a la forma de seleccionar los medios para obtener el fin, y no en razón del fin mismo. En tanto que la prohibición del tipo doloso atiende a los movimientos 1 y 3 del esquema gráfico que de la estructura de la conducta hemos hecho, la prohibición de tipo culposo, atiende a los movimientos 2 y 3 del mismo esquema. La selección de los medios para la obtención de cualquier fin debe hacerse de acuerdo a un cierto deber de cuidado, que resulta violado cuando, pudiendo preverse que la causalidad puesta en movimiento puede afectar a otro, no se lo prevé, o cuando, habiéndolo previsto, se confía en que la lesión no habrá de sobrevenir. *Queda claro que también aquí el tipo prohíbe una conducta final, sólo que en lugar de prohibirla por el fin, lo hace por la forma defectuosa en que ese fin se procura.*

§ 212. La otra gran clasificación estructural de los tipos penales es en activos y omisivos. Los tipos activos son aquellos que describen la conducta prohibida, en tanto que los tipos omisivos son los que describen la conducta debida, quedando, por ende, prohibida toda conducta que no coincida con la conducta debida (p. ej. el art. 775, C.J.M.).

Tan final es la conducta que prohíbe el tipo activo como la que prohíbe el tipo omisivo. La circunstancia de que uno seleccione lo prohibido describiéndolo y el otro lo haga por comparación con la descrip-

ción de lo debido, no altera para nada la estructura óntico-ontológica de las conductas que prohíben.

V. AUSENCIA DE CONDUCTA POR FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE.

§ 213. En la función práctica que cumple la teoría del delito militar —decirnos cuándo hay y cuándo no hay delito, conforme a un orden lógico de preguntas referidas a los caracteres necesarios del mismo— la conducta es el carácter genérico que nos sirve para descartar lo que del modo más grosero no resulta ser delito. Dado que hoy no es posible considerar que el delito sea otra cosa que una conducta humana, no tenemos por qué detenernos a ver los casos que no pueden presentar dudas, que son los de los hechos no humanos. Los hechos que pueden presentarse problemáticos son los hechos humanos, es decir, aquéllos en que, pese a intervenir un ser humano, éste no interviene como autor de una conducta. Los supuestos de hechos humanos no voluntarios están contemplados en el art. 34 del C.P. al que debemos acudir por imperio del art. 510 del C.J.M., siendo los siguientes: a) la fuerza física irresistible (inc. 2, primera parte), y b) la involuntabilidad (estado de inconsciencia y, en parte, la incapacidad para dirigir las acciones, art. 34, inc. 1, del C.P.).

§ 214. Nos ocuparemos ahora del primer supuesto, esto es, de la fuerza física irresistible, que según la ley es la que tiene lugar cuando un sujeto obrare “violentado por fuerza física irresistible”.

Por fuerza física irresistible debe entenderse todos esos supuestos en que acciona sobre el hombre una fuerza de naturaleza tal que le reduce a una masa

mecánica, ajena por entero a su voluntad. Ejemplos de fuerza física irresistible son los siguientes: no hay abandono de servicio frente al enemigo (art. 711, C.J.M.) cuando un proyectil lesionó al sujeto en forma tal que le impide totalmente prestarlo, por dejarlo inmovilizado; no hay conducta de *uya de hecho* contra el superior (arts. 656 y 657, C.J.M.) cuando un militar es tomado por un grupo de personas y proyectado contra su superior; no hay irrespetuosidad al superior (art. 663, C.J.M.) en los casos en que el proceder del inferior no es el pertinente respecto del superior porque está amordazado; etc.

Bajo ningún concepto deben confundirse estos ejemplos de casos en los que no hay conducta porque el acto no es tal, dado que no es voluntario, por no estar dirigido por la voluntad del sujeto, con los casos de coacción de la segunda parte del inc. 2 del art. 34, C.P., en que el sujeto obra violentado por “amenazas de sufrir un mal grave e inminente”. En estos casos, tales como cuando el sujeto obra porque se le está apuntando con un arma, hay conducta, planteándose sólo un problema de culpabilidad o de justificación, que en su momento veremos.

La fuerza física irresistible puede provenir de una acción ajena, como en los ejemplos que hemos dado, pero también puede provenir de una fuerza de la naturaleza, como cuando alguien es arrastrado por el viento, por las aguas, etc. El comandante de la aeronave militar que se aparta del derrotero señalado porque el viento le desvíe la aeronave, en forma que no puede controlarla, no lo hace con motivo justificado, sino que directamente no realiza la conducta de apartarse del derrotero (art. 795, C.J.M.), puesto que el viento lo aparta del mismo. En lugar, actuaría coaccionado (segunda parte del inc. 2 del art. 34) cuando

se viese precisado a hacerlo en razón de un peligroso frente de tormenta.

Cuando la fuerza física irresistible proviene de la acción de un tercero, queda claro que la ausencia de acto se da en el que sufre la acción de esa fuerza, pero no en quien la ejerce, que es autor de una conducta cuya tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad deben ser materia de análisis, porque se está valiendo del forzado como un mero instrumento de sus designios. El derecho penal militar tiene a este respecto una particularidad: en el derecho penal común, quien utiliza como instrumento a otro valiéndose de una fuerza física irresistible, para causar el resultado, normalmente es autor del delito, pero en el derecho penal militar puede no acontecer esto, no sólo porque puede tratarse de un no militar (caso que se resolvería por determinación, como luego veremos), sino que puede suceder que ni siquiera sea punible y que en forma alguna pueda considerarse típica su conducta. Es el caso en que quien ejerce la fuerza física irresistible es el enemigo, y aun por quienes no lo son sin violar las leyes de la guerra. No comete abandono de servicio el prisionero de guerra que huye, va a dar a un país neutral y es internado en éste, porque la fuerza física ejercida sobre él en caso de querer pasar las fronteras le niega la oportunidad o el medio de presentarse a la autoridad de la República (art. 713, último párrafo, C.J.M.). No puede considerarse a las autoridades del país neutral como autoras de un delito ni de la determinación al mismo.

La fuerza física irresistible puede ser externa o interna, es decir, que puede tratarse de una fuerza proveniente del mismo organismo del sujeto y que le resulte totalmente incontrolable. Tal es lo que acontece con los movimientos reflejos. No hay maltrato de obra al superior por parte del inferior que le golpea al

levantar bruscamente sus brazos como resultado de un reflejo defensivo inevitable cuando el superior le cae encima. Tampoco lo hay si el reflejo es desencadenado por el dolor de una quemadura. Si se trata de fuerza física irresistible que proviene de la naturaleza y que tiene su origen en el propio cuerpo del sujeto, al igual que en el caso de un "tic" nervioso, que es una forma estereotipada de movimiento incontrolable por el sujeto, o en el temblor de origen histérico. No incurre en el delito del art. 663, C.J.M., no por ausencia de dolo, sino directamente por ausencia de conducta, el inferior que no puede controlar un "tic" que le hace guiñar permanentemente un ojo; ni en la del inc. 4 del art. 746, C.J.M., el que sufre el mismo "tic" frente a un parlamentario; tampoco incurre en el delito del art. 674, C.J.M., el inferior que a causa de un temblor histérico no puede cumplir la orden de permanecer firme y en formación, impartida por un superior. Por otra parte, hay límites biológicos que no pueden ser superados por nadie en determinadas circunstancias, como la eliminación de orina y excrementos, cuya contención tiene un límite más allá del cual se encuentra una ausencia de conducta.

VI. AUSENCIA DE CONDUCTA POR INVOLUNTABILIDAD.

§ 215. *La involuntabilidad es la incapacidad psíquica de conducta, es decir, el estado en que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de voluntad.*

Estos eventos de hechos en que no participa la voluntad del hombre que los causa, en razón de que carece de capacidad psíquica de voluntad, no deben confundirse con otros casos de incapacidad psíquica,

en que esta incapacidad hace desaparecer otros caracteres del delito.

El delito requiere siempre que el autor tenga capacidad psíquica. A eso llamamos capacidad psíquica del delito. Pero como el análisis del delito es estratificado, y en varios estratos encontramos requerimientos subjetivos, a cada uno de ellos corresponderá una cierta capacidad psíquica, que en caso de no darse, dará lugar a que falte el carácter al que corresponde y, por ende, no haya delito.

Un ejemplo nos aclarará la cuestión. Un sujeto a quien un ladrillo le ha caído golpeándole el cráneo, permanece tendido en el pavimento sin sentido. Los movimientos que en ese estado hace, no son movimientos voluntarios, porque está anulada su conciencia. Se encontrará en un estado de incapacidad psíquica de conducta (involuntabilidad) de origen traumático. En lugar, un delirante que mata a su vecino porque cree que era Lord Nelson, creyéndose a sí mismo Napoleón, realiza una conducta, porque actúa con decidida voluntad de matar. La circunstancia de que en esa acción la voluntad del delirante no sea "libre" porque se trata de un alienado mental, dará lugar a una incapacidad psíquica de culpabilidad (inimputabilidad), pero habrá una conducta: la incapacidad psíquica del delirante no será una incapacidad de conducta, sino sólo de "conducta libre".

§ 216. En castellano suele usarse indistintamente las voces "conciencia" y "consciencia". En alemán hay dos palabras distintas: *Gewissen* y *Bewusstsein*. Por "conciencia" debe entenderse algo parecido al "super-*yo*" de Freud, es decir, el sentido que se le da cuando nos referimos a la "voz de la conciencia". En este sentido no emplearemos aquí la palabra, de modo que lo advertimos para descartarlo, quedándon-

nos limitados a "consciencia", vocablo cuyo contenido trataremos ahora de esclarecer.

"Consciencia" se puede usar con distintos significados, según la palabra se emplee en metafísica, en psicología, en clínica, etc. El sentido que aquí nos interesa es el clínico. Prescindiendo de las diferencias de escuelas, digamos sintéticamente que la "consciencia" es el resultado de la actividad de las funciones mentales. No se trata de una facultad del psiquismo humano, sino del resultado del funcionamiento de todas ellas. No es una facultad (como la memoria, la atención, la senso-percepción, el juicio crítico, etc.) sino el resultado del funcionamiento de estas facultades.

La conciencia puede estar perturbada, como sucede cuando a un sujeto le preguntamos qué día es hoy y nos responde que el 20 de enero del año 2020 o el 7 de enero de 1940. En estas ocasiones en que la conciencia está perturbada no hay ausencia de conducta, porque no desaparece la voluntad del sujeto. En lugar, cuando la conciencia no existe, porque está transitoriamente o permanentemente suprimida, no puede hablarse de voluntad y desaparecerá la conducta.

Esto es lo que acontece cuando se trata de un sujeto que se encuentra desmayado (el centinela queda inconsciente como resultado de un accidente vascular, no se cierra la barrera y sobreviene un accidente); el sujeto cae en una crisis epiléptica (y en las convulsiones de la crisis golpea a otro militar), el sujeto que está privado de sentido por una fiebre muy alta (que en su delirio de fiebre pronuncia palabras injuriosas para las fuerzas armadas, o para los símbolos nacionales, etc.). En todos estos sucesos no hay conciencia, es decir, hay inconsciencia. *Cuando hay inconsciencia no hay voluntad y, por ende no hay conducta.*

La inconsciencia está expresamente prevista en el inc. 1 del art. 34 del C.P. como una de sus hipótesis.

§ 217. Suele sostenerse que el inc. 1 del art. 34, C.P., es la fórmula legal de la inimputabilidad, cuando en realidad surge de su lectura que no lo es, porque no sólo hay allí previsiones para supuestos de incapacidad psíquica de culpabilidad, sino para la total incapacidad psíquica del delito y, además, para el error. La "inconsciencia" es un claro supuesto de involuntabilidad. Para mantener reducida la fórmula del inc. 1 del art. 34, C.P., a la inimputabilidad, suele sostenerse que la "inconsciencia" de que habla esa disposición no es una "inconsciencia absoluta". Este argumento carece de lógica: si la inconsciencia no necesita ser absoluta, es porque puede haber "inconsciencia relativa"; una inconsciencia relativa es una "inconsciencia parcial", pero "inconsciencia parcial" es "consciencia parcial" (porque una negación parcial es una afirmación parcial), lo que no se compadece en modo alguno con la partícula "in", que es privativa y que en el caso denota claramente "privación de conciencia".

VII. EL MIEDO Y EL VALOR MILITAR.

§ 218. Resulta claro que si bien cuando no hay conciencia o cuando no es posible controlar los movimientos, pese a haber conciencia, desaparece la conducta y, en consecuencia, no hay delito, por carencia del carácter genérico por excelencia del mismo, la conducta de colocarse —intencional o negligente— en una circunstancia que excluya la voluntad, es una conducta y puede configurar un delito. De allí que quien actúa en forma tal que neutraliza su ac-

ción posterior, incurra eventualmente en una tipicidad dolosa o culposa.

§ 219. Algo que tiene muchísima importancia en el derecho penal militar, y que debe tratarse extremando el cuidado en su análisis, es el miedo, que tiene consecuencias en todos los niveles analíticos del delito militar, comenzando por el de la conducta misma, porque el miedo puede llegar a provocar una ausencia de acto. Para ver cuándo la conducta anterior del sujeto, que lo lleva al miedo que elimina su voluntad en los hechos posteriores, es o no una conducta susceptible de ser típica, antijurídica y culpable, es decir, un delito militar, es necesario clarificar por un lado los efectos del miedo, pero también por otro, el concepto del *valor militar*, es decir, de la valentía personal frente al enemigo que la ley le exige al militar y hasta qué grado se la exige, aunque para ello sea menester penetrar en un ámbito que es propio de la culpabilidad. Nos ocuparemos, pues, brevemente de esto último.

Es una circunstancia de agravación, "ejecutar el hecho por temor a un peligro personal" (art. 519, inc. 11) y, en general, no puede caber duda alguna que si la cobardía es un vicio, y la valentía una virtud, la cobardía en el militar es sumamente grave, no sólo como vicio personal, sino porque es susceptible de imitación y puede llegar a afectar el mismo espíritu de cuerpo y frustrar o malograr cualquier acción, tal como lo pone de relieve el art. 759, C.J.M., que hasta autoriza la muerte en el acto, incluso de quien a causa del miedo haya caído en un estado de inimputabilidad o de involuntabilidad, si es que ese estado introduce efectivamente el peligro a que nos referimos en una situación excepcional de necesidad terribleísima.

§ 220. No obstante, nadie puede afirmar seriamente que es deber del militar no sentir miedo, porque ello sería absurdo.

El mismo C.J.M. reconoce la posibilidad de una falla humana en el militar, y cancela la punibilidad del acto de cobardía cuando la conducta posterior del sujeto es digna, y vuelve a la acción, y hasta elimina la sanción meramente disciplinaria cuando la conducta posterior en la acción es heroica (art. 760, C.J.M.).

En el miedo —como en tantas otras cuestiones— hay que volver al viejo Aristóteles para ver las cosas con claridad. La valentía, como bien lo decía el Estagirita, no es no tener temor ante nada, porque eso es la temeridad, la excesiva seguridad de sí mismo, que deriva en conducta imprudente y que en el orden militar son tan o más peligrosas que las cobardes. Cobardes, pues, el que “teme lo que no debe temer, y el temerario muestra una ciega confianza cuando no debe tenerla” (Aristóteles, p. 439). Aristóteles distingüía entre el *valor militar* —entre otras especies de “valor”— y el verdadero valor como virtud. La verdadera virtud del valor era para él la que surge del sentimiento del deber, con plena conciencia del peligro, es decir que el verdadero valor como virtud no sería el que ostenta una acción cuando el sujeto ignora el peligro ni cuando lo afronta por placer. “si no fuese un deber el arrastrarlo —decía— y sólo fuese un acto de locura, sería entonces una vergüenza exponerse al peligro” (ídem, p. 443).

Sin embargo, Aristóteles está haciendo un juicio ético y no podemos olvidar que el juicio del derecho penal militar es un juicio jurídico. El derecho penal militar premia el *acto heroico*, que lleva a afrontar el peligro gravísimo por la mera motivación del cumplimiento del deber ético del amor a la patria, y lo hace incluso borrando la consecuencia del anterior acto de

cobardía (art. 760, C.J.M.), de la misma manera que el derecho castrense en general lo premia, distinguiendo a quien se comporta heroicamente, pero el derecho penal militar —como todo el derecho— no puede exigirle a nadie que sea un héroe. Una cosa es la arena a la tropa y la exhibición del héroe como ejemplo y otra, completamente distinta es que jurídicamente se exija a alguien la heroicidad, es decir, la verdadera virtud del valor —el comportamiento valiente motivado únicamente en el deber, como imperativo categórico— en el momento de máximo peligro.

El derecho penal militar le exige al soldado sólo el *valor militar*, que para Sócrates nacía de la *experiencia adquirida anteriormente* y del conocimiento del peligro, circunstancia esta última que Aristóteles acertadamente rectifica, en el sentido de que no es del conocimiento de ese peligro, “sino de los recursos con que se espera contar en el momento del peligro” (Aristóteles, p. 439). Sin embargo, esta idea del “valor militar” es en general la misma de Sócrates, que hacia del valor una ciencia, y de allí que Aristóteles desde el punto de vista ético la desprecie (ídem, Nicómaco, p. 95), puesto que este valor termina cuando los peligros son mayores que los esperados; “los soldados se hacen cobardes —escribía— cuando los peligros son mayores que los que esperaban y se sienten demasiado inferiores en número y en recursos militares” (ídem, p. 96). Por ello consideraba que ése no era el verdadero valor como virtud, sino el de los ciudadanos, que resistían hasta morir.

Sin embargo, en el plano jurídico, la resistencia hasta morir será un acto heroico, digno de homenaje y ejemplar, pero el C.J.M. como ya hemos dicho no exige la heroicidad, limitándose, como todo el derecho militar —y el derecho en general— sólo a premiarla. Es obvio que si se premia al héroe y se lo muestra

como ejemplo, es porque su condición no es jurídica mente exigida. Por otra parte, tratándose de guerra, desde un punto de vista razonable, nada puede haber jurídicamente que haga exigible llevar a la muerte a todo un grupo humano cuando una operación está perdida. De allí que el C.J.M. exija el ataque o la persecución, cuando fuese posible, cuando no obliguen a lo contrario fuerzas superiores (art. 742, C.J.M.), que exija la resistencia sólo cuando existieren medios o posibilidades (art. 748, C.J.M.), que pene la retirada sólo cuando no se vea obligado a hacerlo por fuerza superior (art. 749, C.J.M.), que pene la rendición o capitulación, pero que no lo haga cuando se hubieren agotado las municiones o se hubiesen perdido los dos tercios de los efectivos a sus órdenes (art. 751, C.J.M.). Esto pone en claro que en plano jurídico militar la valentía no es la virtud moral de que hablaba Aristóteles —por más que la misma pueda ser eventualmente premiada— sino que el *valor militar jurídicamente exigible es el de un comportamiento guiado por la razón frente al peligro que agote los medios a su alcance, en la forma que indica el conocimiento y la experiencia, tendiente a conjurarla y a llevar a buen término la operación emprendida*. Llevar la resistencia hasta el fin, puede ser un acto heroico, pero también puede ser un absurdo, porque la Nación no quiere que sus soldados mueran gratuitamente. Que sea lo uno o lo otro, depende de las circunstancias. *La temeridad está penada*, tal como sucede cuando el militar que se siente injustificadamente seguro frente al peligro, no solicita la ayuda que puede solicitar (art. 736). *La cobardía es la falta de valor militar jurídicamente exigible*, y puede definirse como la que tiene lugar cuando por miedo personal no se agotan los medios disponibles en forma racional. La cobardía es siempre *personal* y no pue-

den calificarse de tal otras motivaciones, tales como un sentimiento de piedad que impida al sujeto sacrificar población civil, porque el miedo por los terceros no es cobardía, aunque no necesariamente excluya la responsabilidad penal.

VIII. LA AUSENCIA DE DELITO MILITAR POR FALTA DE CONDUCTA PROVOCADA POR MIEDO.

§ 221. Conceptuado el valor militar jurídicamente exigible de la forma en que lo hemos hecho, queda claro que hay supuestos en los cuales el militar puede sentir los efectos del miedo, sin que eso pueda calificarse como cobardía en el ámbito del derecho penal militar. El militar no puede escudarse en el miedo ante los peligros conocidos y frente a los que sabe cómo actuar, siendo su deber hacerlo en forma racional. Pero pueden surgir situaciones en las que su conocimiento y experiencia ya no le sirvan para indicar cómo actuar, en las que ensaye sin resultado los medios a su alcance y por mucho que aplique fríamente su razonamiento, su ciencia y experiencia, con la mayor presencia de ánimo, todo ello le resulte inútil para hallar la solución frente al peligro. Todo esto dependerá siempre del conocimiento y de la experiencia de cada militar, porque esa circunstancia puede presentársele a un oficial, jefe o superior, frente al empleo de un arma desconocida, pero también puede presentársele a un suboficial que quede aislado, actuando con un pequeño grupo, frente al empleo de un arma conocida, pero cuya instrucción inferior no le permite saber qué hacer, o a un individuo de tropa con escasa instrucción, que se hallase aislado, cuya

situación sería aún peor. Al decir "arma", decimos, por supuesto, también una táctica de ataque o de defensa desconocida para el sujeto o una situación cualquiera de peligro, cuya experiencia no le permite resolver.

Allí comienza un miedo que jurídico-penalmente no puede calificarse de cobardía y que debe ser medido también en relación con el grado de aislamiento en que el sujeto se encuentre, porque psicológicamente resulta muy claro que el hombre en grupo actúa en forma diferente que el hombre aislado, no siendo lo mismo la aparición súbita del peligro en una situación de aislamiento que en circunstancias en que se permanece integrado al cuerpo.

Cuando la instrucción militar no ha dotado al soldado en forma tal que le permita responder adecuadamente ante la situación de peligro, el miedo del militar no es cobardía y, si en tal caso el miedo le lleva a una ausencia de conducta, no habrá incurrido en ningún delito militar, salvo, claro está, que la respuesta no dependa de la instrucción militar, sino de su conocimiento personal (como en el caso de que fuese médico, ingeniero, etc.) o del mero uso sano de su razón. Por supuesto que tampoco habrá delito militar, pese a que la instrucción haya dotado al militar del conocimiento y de la experiencia para responder adecuadamente al peligro, cuando un cuadro patológico le impida actuar en el caso concreto en la forma adecuada, como sería el supuesto de un individuo fóbico, histérico, epiléptico, etc. En esos supuestos, eventualmente, podría surgir una responsabilidad por vía del art. 737 del C.J.M. para los integrantes de cuerpo médico o para el superior que pudo haber advertido los síntomas sin dar intervención a la autoridad sanitaria pertinente, pero en modo alguno para quien padece la ausencia de conducta.

§ 222. Por supuesto que el miedo que se genera del modo descrito —y que no es jurídico-penalmente cobardía— no siempre, ni mucho menos, conduce a una ausencia de conducta, sino que ésta tiene lugar sólo en casos particulares, pero que son los que nos obligan a tratar el problema aquí, para remitirnos a él cuando en los otros estratos analíticos veamos sus consecuencias.

El miedo tiene varios grados, los que han sido clasificados de distinta manera. Sea cual fuere la clasificación de tales grados que se adopte (v.p. ej., Mira y López, ps. 39 y ss.), lo cierto es que hay un cierto grado del miedo en que los movimientos se desorganizan de modo tal que ya no es posible que el hombre los controle y, por fin, un momento máximo del miedo, en el que se opera una inhibición generalizada que paraliza al sujeto, impidiéndole cualquier movimiento, y que puede llevarle a la muerte. Estos niveles máximos del miedo, en que el sujeto no tiene el control de sus movimientos o en el que ha perdido toda capacidad de realizar movimiento alguno —que Mira y López llaman "pánico" y "terror", respectivamente— son casos en los que no está ausente la culpabilidad (inimputabilidad), sino que son directamente casos de ausencia de conducta, en que no hay delito militar porque falta el carácter genérico del mismo.

IX. EL DELITO DE DORMICIÓN DEL CENTINELA.

§ 223. Hemos visto que uno de los argumentos que se han empleado para pretender que en el derecho penal militar la responsabilidad objetiva existe, y llega hasta el grado de considerar que hay delito sin conducta humana, ha sido el delito que se ha dado

en llamar de "dormición del centinela", que nuestro C.J.M. tipifica en el art. 732 (art. 677 del Código Bustillo, 285 del viejo C.J.M. español, 187 del Código Penal de la Marina de Guerra español). Es menester analizar ligeramente este artículo, para que quede completamente en claro que se trata de la tipificación de una conducta, pero que en modo alguno excepciona el *nullum crimen sine conducta*.

Nuestro C.J.M. tipifica la conducta del militar que cumpliendo funciones de centinela, salvaguardia, vigía, escucha u operador de telecomunicaciones o telesintonizador (art. 732, que remite al 731) "se hallare durmiendo o ebrio o bajo la acción de estupefacientes", distinguiendo por la magnitud del injusto según si el hecho tuviese lugar frente al enemigo, en guerra pero sin estar frente al enemigo o en tiempo de paz. Un segundo párrafo dispone que la pena será siempre mayor si el caso fuese de ebriedad o si el sujeto se hallase bajo la acción de estupefacientes.

El caso del sujeto en tales condiciones que se embriaga o que se halla bajo el efecto de estupefacientes, debe ser resuelto conforme a los principios comunes, porque lo que se tipifica en este caso es la conducta de embriagarse o de colocarse bajo la acción de estupefacientes hallándose en alguna de esas funciones. Por supuesto que esta conducta es una conducta y nadie puede dudarlo. Para ser delito requiere todos los caracteres específicos del mismo, además el genérico de conducta, es decir, que el sujeto debe haber ingerido alcohol o un estupefaciente con conocimiento de que se trataba de alguno de esos tóxicos (dolo), la ingesta debe haberle producido un estado de ebriedad u otro análogo que le impida cumplir adecuadamente con la función que cumple, no debe haber mediado ninguna causa de justificación que ampare tal conducta (haber sido obligado a la

ingesta por coacción bajo amenaza de muerte, por ejemplo) y ser culpable (no debe tratarse de un alcohólico crónico ni de un drogadicto grave, pues en tal caso no habría realizado la acción con autodeterminación, sino por imperio de una patología anterior que lo hace inimputable y que puede derivar en responsabilidad para los encargados médicos de la selección, o para los superiores que pudiendo observar esa patología le encargaron esa función en lugar de dar la correspondiente intervención médica). Desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, la conducta debe haberle impedido realizar adecuadamente su función, porque si el sujeto se hallase bajo la acción de un estupefaciente que no produce un estado de perturbación asimilable a la embriaguez, no se afectaría el servicio ni la seguridad.

Además de todo lo dicho, dado que el estado de perturbación psíquica debe impedirle cumplir su función militar, bien puede ser que el sujeto se haya colocado en ese estado para incurrir en una omisión, es decir, que se haya incapacitado para omitir el servicio, lo que desplazaría esta tipicidad para dar lugar a la del art. 731, C.J.M., o a una tentativa del delito previsto en el art. 734 del C.J.M.

§ 224. El problema que se plantea, y en el que quiere hacer base la tesis de la responsabilidad objetivísima que afirma que hay delito militar sin acción humana, es respecto del sujeto que se halla dormido cuando debía estar cumpliendo alguna de esas funciones, obviamente se está tipificando una omisión: hacer algo distinto de lo debido (en lugar de vigilar, dormir). Descartando el caso en que el sujeto sintiese sueño y se entregara a él como forma de abandono al servicio o como tentativa del delito del art. 734, C.J.M., lo que la ley está penando es la conducta de

quien no realiza todos los esfuerzos físicos de que es capaz para no dormirse y cumplir con su deber de vigilancia. El sueño es una necesidad física que puede vencerse hasta cierto punto, sabiendo todos por experiencia que con cierto grado de esfuerzo podemos llegar a controlarlo en alguna medida. También es hoy perfectamente sabido que no podemos dominarlo por completo y que la falta de sueño tiene como resultado disminuir nuestras reacciones, por efecto de una "toxina", que sólo el sueño elimina, y que una vigilancia prolongada por varios días, con una absoluta carencia de sueño lleva a un estado psicótico, con alucinaciones e ilusiones, al punto de que una de las torturas más conocidas de la Inquisición a los acusados de brujería era la *insomnia*, es decir, impedirles dormir (sobre el sueño, desde el punto de vista neurológico, Luce-Segal). El problema neurológico de la falta de sueño ha sido parcialmente esclarecido gracias a las investigaciones llevadas a cabo en los llamados "laboratorios del sueño" estadounidenses y soviéticos, siendo de destacar la contribución del neurólogo mexicano Raúl Hernández Peón y, pese a que aún encierra grandes interrogantes, se sabe del aumento de una toxina de la familia del LSD. La falta de sueño y sus efectos han sido claramente vistos en la vida militar durante la Segunda Guerra Mundial, donde llamaron la atención de muchos responsables de su conducción. "El general de brigada G.J. Hill recuerda vivamente un incidente acaecido durante la batalla del Saliente, que era un acontecimiento frecuente. Iba en un jeep con el general Clarence H. Huebner, comandante del Quinto Cuerpo de Ejército, cuando un sargento de mirada alocada se acercó a ellos en el camino. Le preguntaron a dónde iba y respondió: 'Me voy a la retaguardia y no dejaré que ningún hijo de perra me detenga'. Esa observación sólo podía

querer decir una cosa. El general Huebner le pidió amablemente al sargento que subiese al vehículo y lo llevó al hospital, donde los doctores lo hicieron dormir durante treinta y cinco horas, después de lo cual el hombre volvió al frente y prestó servicios durante el resto de la guerra" (Luce-Segal, p. 100). Son frecuentes los estados alucinatorios durante la guerra como consecuencia de la falta de sueño prolongado.

También hoy se conocen más o menos bien ciertas técnicas orientales que permiten dormir "con los ojos abiertos" y su explicación neurológica. Todo esto significa que todo soldado debe estar entrenado para soportar hasta cierto punto la falta de sueño y para controlarlo hasta donde es dable que lo haga, pero la omisión de vigilar —que es precisamente lo que se tipifica en el C.J.M.— no puede configurar nunca un delito cuando la conducta distinta de la debida no puede ser evitada, sea cual fuere el empeño que el sujeto ponga en ello.

Debe tenerse perfectamente presente que lo que se pena es la omisión de vigilar, es decir, dormirse en lugar de mantenerse vigilante. Por consiguiente, si el sujeto tiene la posibilidad de advertir al superior, o a su par en caso de no poder dirigirse al superior, que no resiste más la vigilia y realmente todas las circunstancias hacen pensar que esto es cierto o altamente probable, no incuraría en el delito del inc. 2 del art. 733, C.J.M., ni tampoco en el delito de dormición, porque la conducta distinta de la debida (dormirse) le resultaría inevitable, o sea que no habría omisión de vigilancia, dado que la conducta debida sería de imposible cumplimiento. Para ello es menester, por supuesto, que el sujeto haya agotado todos los medios a su alcance para evitar el sueño y que viendo la imposibilidad de hacerlo haya comunicado esta circunstancia. Será deber del superior reemplazar-

le, porque de lo contrario, ante la imposibilidad de cumplir con la vigilancia, la orden del superior en el sentido de que permanezca despierto carecería de cualquier sentido y sería determinante de las consecuencias de la omisión de vigilancia.

No cabe duda que puede haber circunstancias de muy particular gravedad, que exijan un máximo de esfuerzo, pero, en tal caso, también hay recursos extremos para evitar el sueño. Le será lícito a un superior, operando en territorio enemigo con un reducido grupo de hombres aislados, por ejemplo, en que se hace imprescindible una vigilancia constante para evitar la muerte o destrucción del grupo, ordenarle al inferior la ingesta de una droga que le prolongue la vigilancia. La pequeña intoxicación que la droga importa estará —como lesión física leve— justificada por la necesidad de salvar la vida del grupo (art. 34, inc. 3, C.P.).

De cualquier manera, es hoy perfectamente sabido que la duración y necesidad del sueño dependen en gran medida de factores constitucionales y hormonales, como también por la edad, que deben ser cuidadosamente estudiados por los médicos militares y observados por los superiores, que no pueden exigir a sus hombres más de lo que la capacidad física de éstos les permite, porque nadie puede ser sancionado por no haber hecho lo que era imposible hacer. El superior debe conocer a sus hombres y es su deber, para un eficaz funcionamiento del servicio, saber cuál es la capacidad de cada uno y cuáles sus fallas, las que debe manejar racionalmente, no pudiendo exigir que vigile quien sabe que no se halla en condiciones para hacerlo. Las experiencias de la Segunda Guerra Mundial revelan claramente que una falta prolongada de sueño, con un estado de tensión y un desgaste físico arrastrado desde días, pueden ser tan o

más catastróficas para la vigilia como la misma dormición del centinela, porque se está exponiendo a un hombre a que caiga en un episodio psicótico frente al enemigo, traducido en una falsa alarma, en el desencadenamiento de un estado de confusión general, etc., como fruto de las alucinaciones debidas a la falta de sueño. La propia experiencia indica a cualquiera que haya conducido muchas horas un vehículo y que al caer la noche comienza a sentir sueño, que altera los objetos que ve en el camino y fugazmente comienza a percibirlos deformados (los "fantasmas" de los automovilistas).

Es obvio, pues, que en el caso de la dormición, lo que el C.J.M. pena es el abandono culposo del servicio de vigilancia (o, mejor, la omisión culposa de vigilancia) por parte de quien no agota todos los medios a su alcance para mantenerse despierto. El dolo queda descartado, porque si de lo que se trata es de valerse del sueño para abandonar el servicio o para comenzar a ejecutar una omisión del art. 734, estas tipicidades, lógicamente, desplazarán a la del art. 732, C.J.M.

§ 225. A idéntica conclusión —es decir, a que se trata de una conducta culposa— se llegó en España, con la criteriosa reflexión de que "en el derecho penal común tampoco queda sin sanción el guardaagujas que se duerme y con ello da lugar a una catástrofe o el chofer que en determinadas circunstancias sucumbe al sueño y causa un accidente. Se trata, en suma, de un plus de exigibilidad correlativo a un plus de deberes, es decir, de una vulgarísima operación normativa de valoración de conductas". Concluye este autor español, respecto al art. 362 del actual C.J.M. de España —análogo a nuestro art. 732—, en que "no hay de-

masiados motivos para rasgarse las vestiduras de la juridicidad ante una infracción como la del 362" (Quintano Ripollés, p. 16).

X. CONSECUENCIAS PENALES DE LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

§ 226. Es sumamente importante distinguir los casos en que media ausencia de conducta de aquellos en que tampoco hay delito, debido a que falta alguno de los restantes caracteres. La ausencia de conducta tiene unos efectos prácticos inmediatos, entre los que cabe mencionar específicamente los siguientes: *a)* el que se vale de un sujeto que no realiza conducta para cometer un delito es, por lo general, autor directo del delito; *b)* el que no realiza conducta nunca es autor; *c)* contra los movimientos de quien no se conduce se puede actuar en estado de necesidad, pero no cabe oponer la legítima defensa, porque la legítima defensa presupone siempre una agresión ilegítima, que nunca puede ser otra cosa que una acción humana; *c)* no se puede ser partícipe de los movimientos de un sujeto que no realiza conducta, porque la participación siempre es accesoria de una acción ajena.

Capítulo IX

LA TIPICIDAD PENAL MILITAR

I. CONCEPTO DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

§ 227. *El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante mente descriptiva, que cumple la función de permitir la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes (por estar prohibidas con relevancia penal).*

El tipo pertenece a la ley, porque es la fórmula legal que nos permite individualizar las conductas que si reúnen los demás requisitos o caracteres del delito, serán punibles. En general, los tipos penales militares se hallan en el libro II del tratado tercero. C.J.M. Resultan elementos legales lógicamente necesarios para averiguar si hay delito, porque no tendría sentido que nos preguntásemos si una conducta es contraria al derecho (en cualquiera de sus ramas) es decir, si es antijurídica, luego si es reprochable a su autor y recién después, vayamos a ver si está penalmente conminada como delito común o militar.

Si prescindimos del tipo, el camino (o método) para averiguar en cada caso concreto si hay o no delito, se vuelve totalmente ilógico.

Este elemento de la ley tiene una naturaleza predominantemente descriptiva. Si bien es común que digamos que los tipos "describen" conductas,

esto no significa que su naturaleza sea totalmente descriptiva, porque en realidad, lo que hacen es individualizar conductas o, mejor dicho, permitirnos la individualización de conductas, para lo cual, unas veces se valen de conceptos que son descriptivos, tales como el de "violencias" (art. 707, C.J.M.), "marcha" (art. 716, inc. 5), "zarpar" o "decolar" (art. 716, inc. 5), "resistencia" (art. 667), "obediencia" (art. 667), "incendio" (art. 668), etc., en todos los cuales no nos es necesario más que apelar al entendimiento común de las palabras para poder comprender el significado del concepto. Estos son conceptos "descriptivos", pero no todos los conceptos que el legislador emplea al acuñar los tipos tienen la misma naturaleza, porque abundan también otros para cuya comprensión debemos acudir a definiciones o valoraciones de carácter jurídico o ético. Así, "militar", "baja", "oficiales", "tiempo de guerra", "prisioneros", "tropa", "enemigo", "mando", "fuerzas armadas", etc., son todos conceptos para cuya comprensión es necesario acudir a la ley misma, es decir, a una valoración jurídica. En el caso del art. 766, C.J.M., el concepto de "actos deshonestos que afrentan a un hombre y rebajan su dignidad" no es un concepto que nos lo proporcione una valoración jurídica, sino sólo una valoración ético-social. Siempre que nos hallamos con esos elementos del tipo, diremos que el mismo contiene *elementos "valorativos"*. De allí que, como los tipos no sólo contienen elementos descriptivos sino también valorativos, nos limitemos a decir que su naturaleza es *predominantemente descriptiva*.

§ 228. *No debe confundirse el tipo con la tipicidad*. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta.

La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.

"Tipo" es la fórmula legal que dice: "el militar que... maltratare de obra al superior causándole la muerte" (está en el C.J.M.); "tipicidad" es la característica de adecuada al tipo que tiene la conducta de un militar "A" que golpea y dispara cinco balazos contra su superior "B" dándole muerte (está en la realidad). La conducta de "A", por presentar la característica de tipicidad, decimos que es una conducta "típica". a) *Tipica* es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (*atípica* la que no la presenta); b) *tipicidad* es la adecuación de la conducta a un tipo; c) *tipo* es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

El juez o el tribunal, comprueban la tipicidad comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica, para ver si se adecua o no a la misma. Esta faena mental es el *juicio de tipicidad* que debe realizar el juzgador.

II. TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.

§ 229. Cuando el legislador se encuentra frente a un ente y tiene interés en tutelar ese ente, es porque lo valora. Su valoración del ente se traduce en una *norma*, que eleva al ente a la categoría de *bien jurídico*. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar una tutela penal, en base a la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico pasa a ser *penalmente tutelado*. Así, el legislador va del ente a la norma y de la norma al tipo. Nosotros, al interpretar la ley para determinar su alcance, debemos seguir el camino inverso; de la

ley (tipo legal, "se aplicará...al que matare a otro...") a la norma (no matarás) y a través de la norma conocemos al ente que en definitiva será bien jurídico (la vida humana, y también en el caso de dar muerte a un superior, la disciplina militar).

El tipo pertenece a la ley; pero ni la norma ni el bien jurídico, pertenecen a la ley, sino que se conocen a través del tipo legal y limitan su alcance. Así, como un ámbito geográfico puede estar limitado por un río, sin que el río pertenezca al ámbito, la norma y el bien jurídico delimitan lo prohibido por la ley y se conocen mediante la ley, pero no pertenecen a ella.

§ 230. El tipo se gesta por el interés del legislador en el ente que valora elevándolo a bien jurídico, enunciando una norma para tutelarlo, la que se manifiesta en un tipo legal que le agrega la tutela penal. Conforme a este proceso de gestación, resultará que la conducta que se adecue a un tipo penal será necesariamente contraria a la norma que está antepuesta al tipo legal y afectará el bien jurídico tutelado. La conducta adecuada al tipo penal del art. 79, C.P., será contraria a la norma "no matarás" y afectará al bien jurídico vida humana; la conducta adecuada al tipo del art. 622, inc. 1, C.J.M., será contraria a la norma "no harás armas contra la Nación" y afectará al bien jurídico lealtad a la Nación, etc.

Esto significa que *la conducta, por el hecho de ser penalmente típica necesariamente debe ser también antinORMATIVA*.

No obstante, no debe pensarse que cuando una conducta se adecua formalmente a una descripción típica, ya por esa circunstancia es penalmente típica. Que una conducta sea típica no significa que necesariamente es antinORMATIVA, es decir, que esté *prohibida* por la norma (por el "no matarás", "no harás ar-

mas contra la Nación", etc.). El tipo lo crea el legislador para tutelar el bien contra las conductas que prohíbe la norma, de modo que el juez no puede jamás considerar incluidas en el tipo aquellas conductas que, aunque formalmente se adecuen a la descripción típica, realmente no pueden considerarse contrarias a la norma ni afectantes al bien tutelado.

La antinORMATIVIDAD no se comprueba con la sola adecuación de la conducta al tipo legal, sino que requiere una investigación del alcance de la norma que está antepuesta y que ha dado origen al tipo legal, y una investigación sobre la afectación del bien jurídico. Esta investigación es una etapa posterior del juicio de tipicidad que, una vez comprobada la *tipicidad legal*, obliga a indagar sobre la antinORMATIVIDAD, y recién cuando se ha comprobado ésta podemos concluir en la *tipicidad penal* de la conducta.

Tipicidad legal y tipicidad penal no son la misma cosa: la tipicidad penal presupone la legal, pero no la agota; la tipicidad penal requiere, además de la tipicidad legal, la antinORMATIVIDAD.

§ 231. Llegamos de este modo a evidenciar que una conducta puede muy bien encuadrar dentro de la fórmula legal individualizadora y, sin embargo, no contravenir la norma que da origen al tipo individualizador, es decir, que una conducta puede ser "aparentemente" típica o, para decirlo más precisamente, *legalmente* típica, sin ser antinORMATIVA. Este es para nosotros el supuesto que se da cuando, por ejemplo, se trata del cumplimiento de un deber jurídico. Para un gran sector doctrinario, el cumplimiento de un deber jurídico es una causa de justificación, es decir, un permiso para realizar una conducta antinORMATIVA. (inc. 4 del art. 34, C.P.). Para nosotros, esta respuesta es inadmisible, porque *tipicidad importa necesaria-*

mente antinormatividad (contrariedad a la norma) y no podemos admitir que en el orden normativo una norma mande lo que otra norma prohíbe. Un orden normativo en que una norma pueda mandar lo que otra norma pueda prohibir, deja de ser orden y de ser normativo, y queda en un "desorden" arbitrario. Las normas jurídicas no "viven" aisladas sino en una trabañón en que unas se limitan a otras, y no pueden desconocerse mutuamente. Un orden normativo no es un caos de normas prohibitivas, amontonadas en parvas, no es un depósito de prohibiciones arbitrarias, sino un orden de prohibiciones, un orden de normas, un conjunto de normas que guardan entre sí un cierto orden, que les viene dado por su sentido general: su objetivo final, que es evitar la guerra civil (la guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*).

Este orden mínimo que deben guardar las normas entre sí impide que una norma prohíba lo que otra ordena, como también impide que una norma prohíba lo que otra fomenta. La más elemental lógica nos dice que el tipo no puede prohibir lo que el derecho ordena ni lo que el derecho fomenta. Bien puede suceder que el tipo legal parezca incluir en la tipicidad estos casos, y, no obstante, cuando penetramos un poco más en el alcance de la norma que está antepuesta al tipo, nos percatamos de que, a la luz de la misma entendida como parte del orden normativo, la conducta que se adecua al tipo legal no puede estar prohibida, porque el mismo orden normativo la ordena o la fomenta.

Esto nos indica que el juicio de tipicidad no es un mero juicio de *tipicidad legal* sino que exige otro paso, que es la comprobación de la *tipicidad conglomerante*, consistente en la averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo

de la norma, no considerada aisladamente, sino *conglobada* en el orden normativo. La *tipicidad conglomerante* es un correctivo de la *tipicidad legal*, puesto que puede excluir del ámbito de lo típico aquellas conductas que sólo aparentemente están prohibidas, como sucede en el caso del militar que cumple con el deber jurídico de reprimir al inferior (impuesto por el art. 771, inc. 3, bajo pena de destitución), no incurre en la tipicidad del art. 702, por más que los actos que se vea obligado a realizar puedan calificarse como maltrato al inferior, porque su conducta no está alcanzada por la norma que le ordene no maltratar al inferior, dado que ésta está limitada o recortada por la que le ordena reprimir al inferior que incurre en delito contra la disciplina.

Todo esto pone claramente de manifiesto que el juicio por el cual el encargado de juzgar la tipicidad o atipicidad de una conducta procede a hacerlo, se halla dividido en dos partes o pasos diferentes, consistente el primero en comprobar la adecuación de la conducta al mero dispositivo legal y luego, a reducir el alcance de ese dispositivo conforme a la consideración de la norma que le permanece antepuesta considerada *conglobadamente* dentro del orden normativo, es decir, no aislada, sino formando parte del conjunto de las normas.

Será pues función de este segundo paso del juicio de tipicidad penal, reducirla a la verdadera dimensión de lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no quiere prohibir, precisamente porque las ordena o fomenta.

Siguiendo el orden de análisis de conformidad con lo expuesto, nos ocuparemos primero de la tipicidad legal (tipos dolosos y culposos, activos y omisivos) y luego de la tipicidad conglobante en detalle.

<i>Tipicidad legal</i> (adecuación a la formulación legal del tipo).	Es la individualización que de la conducta hace la ley mediante el conjunto de los elementos descriptivos y valorativos (normativos) de que se vale el tipo legal.
---	--

<i>Tipicidad conglobante</i> (antinormatividad)	Es la comprobación de que la conducta típica legalmente está también prohibida por la norma, que se obtiene desentrañando el alcance de la norma prohibitiva conglobada con las restantes normas del orden normativo.
--	---

<i>Tipicidad penal</i> (adecuación legal y antinormatividad)	Es el resultado de la afirmación de las dos anteriores.
---	---

Tipicidad legal + tipicidad conglobada = tipicidad penal.
--

III. ANTINORMATIVIDAD Y ANTJURIDICIDAD

§ 232. El orden jurídico no se agota sólo en el orden normativo, es decir, no es sólo un conjunto ordenado de normas prohibitivas, sino que también se integra con preceptos permisivos. Estos preceptos permisivos no implican una contradicción con las normas sino que, por el contrario, las presuponen, en un juego armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos. Desde el momento que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19, C.N.), los preceptos permisivos sólo tienen sentido cuando media una norma prohibitiva anterior, puesto que no tiene caso permitir lo que no ha sido prohibido.

El precepto permisivo da lugar a una causa de justificación, es decir, a un tipo permisivo. Es un permiso que el orden jurídico otorga en ciertas situaciones conflictivas. Nos ocuparemos de ellos más adelante, pero lo que queremos destacar ahora es que la antjuridicidad no sólo surge de la *antinormatividad* (tipicidad penal) si no, también de la falta de la adecuación a un tipo permisivo, es decir, de la circunstancia de que la conducta antinormativa no esté amparada por una causa de justificación.

La tipicidad penal implica la contrariedad con el orden normativo, pero no implica la antjuridicidad (la contrariedad con el orden jurídico), porque puede haber una causa de justificación (un precepto permisivo) que ampare la conducta.

La antjuridicidad presupone la antinormatividad, pero no es suficiente la antinormatividad para configurar la antjuridicidad, pues la antinormatividad puede ser neutralizada por un precepto permisivo. Dicho en otras palabras, puesto que la tipicidad penal

implica la antinormatividad, la antijuridicidad con relevancia penal presupone la tipicidad. *En este sentido la tipicidad opera como un indicio de la antijuridicidad, como un desvalor provisorio, que debe ser confirmado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación.* Debido a esto es que Max Ernst Mayer graficaba la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad diciendo que ambas se comportan como el humo y el fuego respectivamente, es decir que el humo (tipicidad) es un indicio del fuego (antijuridicidad).

§ 233. No es lo mismo decir que una conducta es atípica que decir que está justificada. Aparte de que hay conductas atípicas que son antijurídicas (el incumplimiento de un contrato, por ejemplo), la menor apertura de la estructura teórica del delito al realismo jurídico no resiste la afirmación de que al derecho penal le dé lo mismo la muerte de una mosca que la de un hombre, aunque sea en legítima defensa.

La legítima defensa —de que luego nos ocuparemos— es una causa de justificación, es decir, un permiso que otorga el orden jurídico para realizar la conducta antinormativa (qué se encuentra regulado en el inc. 6 del art. 34, C.P.). Veremos luego que si un individuo nos agrede injustamente y tenemos oportunidad de huir, el derecho no nos obliga a huir, porque no estamos obligados a soportar lo injusto, el derecho nos otorga entonces un permiso para repeler la agresión sin relevar en contra nuestra la posibilidad de huir. Se nos permite incluso dar muerte al agresor, si eso es racionalmente necesario. No se nos obliga a huir, se nos permite repeler.

Pero este “permiso” para repeler la agresión ilegítima y no provocada, no implica que el derecho *fomente* y menos aún que nos ordene semejante con-

ducta. Simplemente, en estos supuestos conflictivos, el orden jurídico se limita a *permitir la conducta*, porque no puede afirmarse que *fomente* que un hombre que puede huir prefiera matar. El fomento de la conducta homicida sería harto anticristiano.

En lugar, la atipicidad conglobante no surge en razón de *permisos* que el orden jurídico concede resignadamente, sino en razón de mandatos normativos o de fomentos normativos. El orden jurídico se resigna a que un sujeto se apodere del cuadro valioso de su vecino para venderlo y poder pagar un tratamiento costoso a su hijo gravemente enfermo y que no tiene otro modo de costear (otorga un *permiso*), pero, en lugar, *ordena* al oficial de justicia que se cuestre el cuadro y le pena si no lo hace. Esta es la clara diferencia que sin dejar el campo del derecho —dando peligrosos saltos a la realidad social— surge entre la atipicidad conglobante y la justificación.

Esta diferencia tiene particular importancia en el derecho penal militar, puesto que en la vida corriente, para el derecho penal común, cuando un sujeto nos agrede, tenemos un permiso para defendernos, en lugar, en el derecho penal militar, si un inferior agrede al superior, éste tiene el deber de defenderse, porque con ello está defendiendo la disciplina militar, de modo que no hay allí un permiso conferido al superior, sino que el deber se le impone so pena de destitución (art. 771, inc. 3, C.J.M.).

IV. LOS BIENES JURÍDICO-PENALMENTE TUTELADOS.

§ 234. Antes de volver específicamente al análisis de los bienes jurídico-penalmente tutelados —concepto al que ya hicimos necesaria referencia al delimi-

tar el campo del derecho y del delito militar— insistiremos brevemente en el concepto mismo de bien jurídico.

Hemos visto que hay ciertos entes, por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes (bienes jurídicos) y que cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penalizando su violación con una pena "penal", los bienes jurídicos pasan a ser considerados *bienes jurídicos penalmente tutelados*.

No se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. Si bien es cierto que el delito es algo más —o mucho más— que la afectación a un bien jurídico, esta afectación es indispensable para configurar tipicidad. De allí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del tipo, dando el verdadero sentido teleológico a la ley penal. Sin el bien jurídico, no hay un "¿para qué?" del tipo, y por ende, no hay posibilidad alguna de interpretación teleológica de la ley penal. Sin el bien jurídico, caemos en un formalismo legal, en una pura "jurisprudencia de conceptos".

Por otra parte, ya en el área de nuestro derecho positivo, no se admite una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico, en función de lo claramente dispuesto por la primera parte del art. 19, C.N.

Tócanos averiguar en qué consiste este concepto central de la teoría del tipo, es decir, qué es el bien jurídico. Si tuviésemos que dar una definición del mismo, diríamos que *bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con*

un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.

Como toda definición, peca de tautológica si prescindimos de su explicación. Los bienes jurídicos suelen decirse que son, en el derecho penal común, por ejemplo, la vida, el honor, la propiedad, la administración pública, etc. En realidad, si bien no es incorrecto decir que el honor es un bien jurídico, eso no pasa de ser una abreviatura, porque el bien jurídico no es propiamente el honor, sino *el derecho a disponer del propio honor*, como el bien jurídico no es la propiedad, sino *el derecho a disponer de los propios derechos patrimoniales*.

El "ente" que el orden jurídico tutela como ciertas conductas que le afectan no es la "cosa en sí misma", sino la "relación de disponibilidad" del titular con la cosa. Dicho en palabras más simples: *los bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos*. Cuando una conducta nos impide o perturba la disposición de esos objetos, esa conducta afecta al bien jurídico, y algunas de esas conductas están prohibidas por la norma que genera el tipo penal.

§ 235. El concepto del bien jurídico entendido como "relación de disponibilidad" dista de ser pacífico. Hay múltiples conceptos de bien jurídico, de los que no habremos de ocuparnos aquí pero debemos aclarar que *se trata de un concepto central de las teorías del tipo y del delito, que guarda un estrecho paralelismo con la concepción general del derecho y del Estado que se tenga*.

Quienes entienden que el hombre es para el Estado, se manejarán con un concepto trascendente del derecho —el derecho no es para el hombre, sino el

hombre para el derecho— y el concepto de bien jurídico desaparecerá, o bien se sostendrá que el único titular de los bienes jurídicos es el Estado y que el hombre mismo es un bien jurídico del Estado. No se penará el homicidio o el aborto porque destruyen un ente irrepetible en su individualidad y que debe ser tratado como un fin en sí mismo y respetado como tal en la autonomía de su conciencia, sino porque privan al Estado de un soldado, de una fuente de mano de obra, de un contribuyente. Este derecho penal autoritario es completamente ajeno a nuestro sistema jurídico vigente y a los principios que tradicionalmente le rigen. El art. 19, C.N., nos señala un camino y toma una decisión fundamental a este respecto, decidiéndonos por un derecho personalista y repudiando cualquier teoría jurídica traspersonalista, elaborada a la luz —o mejor, en las tinieblas—, de cualquier ideología alienante. Por otra parte, esa posición guarda perfecta consonancia con el art. 2, C.N., que al disponer el sostentimiento del culto católico revela su apoyo a una religión que (si bien no es “la religión del Estado”, como en algunos Estados totalitarios) predica el mérito moral fundado en la elección y la responsabilidad de cada hombre, sin admitir que se violenta su conciencia y sin conformarse con una mera exterioridad de participación litúrgica (no será el “Estado argentino” quien comparezca ante Díos).

§ 236. No obstante lo dicho, daría la sensación de que el concepto de bien jurídico, entendido como relación de disponibilidad, no se adapta al delito militar, puesto que éste tutela bienes jurídicos militares, es decir, *bienes jurídicos que hacen a la seguridad y a la defensa nacional, cuando son afectados por parte de quienes integran los cuerpos que tienen por función específica velar por la misma*. Desde este punto

de vista puede afirmarse que no hay “disponibilidad” de tales bienes. Sin embargo, esta afirmación constituye un error, puesto que parte de una errónea interpretación del concepto de “disponibilidad”, porque dicha expresión, usada aisladamente y sin explicación adecuada, no dice nada.

En efecto, “disponer” siempre es un “disponer para” algo. Si se entiende “disponer a secas”, en un sentido quiritorio de propiedad, se cae en la idea de disponer con un martillo, es decir, en la posibilidad de la destrucción del ente de que se dispone. No obstante, este no es el sentido en que puede entenderse la relación de disponibilidad cuando nos referimos a ella para conceptualizar al bien jurídico.

Todas las democracias occidentales son hoy estados sociales de derecho, en los que la disposición de los bienes sólo se concibe como forma de autorrealización, es decir de realización de la propia existencia, de disponer para llegar a ser lo que se quiso o se eligió ser, en otra palabra, como forma de existir, que es co-existir. Por consiguiente, “disponer” en este sentido, es algo análogo a “usar”, o sea a aplicar para la propia existencia. Por supuesto que hay bienes jurídicos que tienen un titular y bienes jurídicos que tienen múltiples titulares, pero de cualquier forma, siempre los bienes jurídicos son, en sí mismos, las relaciones de disponibilidad con el ente, común a varios o sólo pertenecientes a uno. En nuestro caso, de la seguridad nacional es de algo que estamos disponiendo permanentemente, al punto de que nos resulta imprescindible para realizarnos dentro de una comunidad nacional, que de otra forma no existiría.

El bien jurídico es un concepto imprescindible para cualquier sana interpretación del derecho penal, porque es el que nos posibilita hacer una interpretación teleológica de sus disposiciones, nos permite ha-

cerlo razonable y comprensible y nos limita en forma criteriosa el ámbito prohibitivo de la norma y, por ende, del tipo penal. Todo embate autoritario o irracionalista en el campo penal ha tenido como uno de sus puntos principales de mira la desaparición del concepto de bien jurídico o su minimización, lo que nos lleva a un deber por el deber mismo, sin sentido ni fin ninguno.

V. LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN LOS TIPOS PENALES MILITARES.

§ 237. Hemos visto que hay delitos esencialmente militares y delitos militarizados, según el bien jurídico tutelado sea exclusivamente militar o sea complejo, es decir, militar y al mismo tiempo no militar. No volveremos ahora sobre ello, porque lo hemos desarrollado suficientemente. Digamos sólo que en tanto que en el ámbito del derecho penal común también hay delitos con bien jurídico complejo, es decir, tipos que tutelan dos o más bienes jurídicos, cuando ello se presenta en el derecho penal militar y uno de los bienes tutelados no es militar, da lugar a los llamados delitos militarizados.

La clasificación de los tipos en el libro segundo del tratado tercero del C.J.M. no es del todo racional, porque mientras en su mayor parte se guía por los bienes jurídicos, como todos los códigos, otras veces introduce alteraciones respecto de este criterio clasificador, como las "infracciones especiales de la marina y de la aeronáutica", que no responden al criterio de clasificación en orden al bien jurídico, sino a una especificación por modalidad propia de esas fuerzas.

En rigor, la elaboración de una parte especial del derecho penal militar argentino requeriría, por parte

de quien emprenda esta tarea, la función de reelaborar en forma dogmática y racional el orden de exposición, previo análisis detallado de los bienes jurídicos que tutelan los distintos tipos. Esto es consecuencia de la vieja herencia española y es la tarea que en el derecho penal común tuvieron que cumplir todos los expositores de la parte especial en los países en que rigieron los códigos de corte español en Latinoamérica, como por ejemplo en Chile.¹

Los tipos penales se clasifican en orden a los bienes jurídicos que tutelan, sea por el legislador o por el dogmático o intérprete, en caso que la clasificación legislativa no resulte racional. Por el número de tales bienes jurídicos tutelados en cada tipo, los tipos se dividen en simples y complejos, llamándose *delitos esencialmente militares* a los simples o complejos que tutelan sólo bienes jurídicos militares, en tanto que se llaman *delitos militarizados* a los que surgen de tipos complejos que tutelan simultáneamente bienes jurídicos militares y no militares.

Por la intensidad de afectación al bien jurídico tutelado, los tipos penales se clasifican en tipos *básicos* (o fundamentales), *calificados* (o calificados agravados) y *privilegiados* (o calificados atenuados).

Capítulo X

LOS TIPOS PENALES MILITARES DOLOSONS

I. EL ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO DOLOSO.

§ 238. Los tipos penales se clasifican según su estructura en cuatro grandes grupos, sin perjuicio de otras subclasificaciones de carácter secundario que de ellos se hacen: *dolosos y culposos, activos y omisivos*. Tal lo hemos dicho al ocuparnos de demostrar que la conducta humana es el carácter genérico común a cualquiera de las estructuras típicas delictivas.

§ 239. a) Comenzamos por *los tipos dolosos activos porque configuran el grueso de los tipos penales*, es decir, la técnica legislativa a que más frecuentemente se acude para prohibir conductas con relevancia penal. El tipo doloso activo tiene dos aspectos; uno objetivo y otro subjetivo, es decir que *la ley, mediante el tipo, individualiza conductas atendiendo a circunstancias que se dan en el mundo exterior y a circunstancias que están dadas en lo interno, en el psiquismo del autor*.

No debe creerse, cuando se dice que el tipo es predominantemente descriptivo, que los elementos descriptivos se limitan a la exterioridad, ni mucho menos, porque cuando se describe realmente una conducta humana, no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos. El tipo doloso implica siempre la cau-

sación de un resultado (aspecto externo), pero se caracteriza porque requiere también la voluntad de causarlo (aspecto interno). *Esa voluntad del resultado, el querer del resultado, es el dolo.*

El aspecto externo del tipo doloso, es decir, la manifestación de la voluntad en el mundo físico requerida por el tipo, la llamamos *aspecto objetivo del tipo legal*, o, más brevemente, *tipo objetivo*. Al aspecto interno, es decir, a la voluntad misma, la llamamos *aspecto subjetivo del tipo legal*, o más brevemente, *tipo subjetivo*.

El legislador sabe que cada conducta causa una mutación en el mundo externo: *el resultado* (suele llamárselo resultado "material", para distinguirlo de la afectación del bien jurídico, a lo que algunos —a nuestro juicio confusamente— llaman "resultado jurídico").

El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta: *no hay conducta sin resultado*.

El legislador al individualizar la conducta típica, a veces exige en el tipo objetivo la producción de un resultado determinado, como en el caso de la vía de hecho homicida contra el superior (art. 657), en tanto que otras veces se limita a describir la conducta, sin que importe cuál sea en concreto la mutación física o resultado que produzca, siempre que afecte al bien jurídico tutelado, como es el caso de la mera insubordinación en que basta con hacer resistencia ostensible o en rehusar expresamente obediencia al superior (art. 667). Estas modalidades de los tipos objetivos dolosos no son tan importantes como alguna vez se ha pretendido, pero de cualquier manera se suele repetir que dan lugar a que a unos se los llame tipos "materiales" o de "resultado material", y a otros "formales", "de mera conducta", "de actividad" o

"de predominante actividad". Las denominaciones son un tanto equívocas, puesto que mejor sería llamarlos "de resultado determinado" y "de resultado indeterminado", porque en definitiva todos los tipos requieren un resultado material, una mutación física, algo que pase en el mundo, sólo que unos lo individualizan en forma expresa en tanto que otros se limitan a señalar la conducta, dejando en la indeterminación el resultado de la misma.

§ 240. b) Si todo delito tiene un resultado, lo lógicamente inevitable es que ese resultado tenga que estar unido a la conducta por una relación de causalidad, es decir, que la conducta típica haya causado el resultado, lo que incuestionablemente es un aspecto objetivo del tipo penal.

La causalidad es algo real, es una "categoría del ser" y no del pensamiento. La causalidad debido a ello no puede ser "creada" por el tipo ni por el derecho. Lo único que el tipo puede hacer es darle o restarle relevancia pero *lo más elemental para comenzar a comprobar si una conducta es típica, es preguntarse si ha causado el resultado*.

La respuesta afirmativa o negativa la damos conforme a la siguiente fórmula: si mentalmente nos imaginamos que la conducta no existió y en tal caso tampoco hubiese existido el resultado, es que la conducta es causal del resultado; inversamente, si en la hipótesis en que imaginamos que la conducta no haya existido, el resultado también se hubiese producido, resultaría que la conducta no es causal del resultado. Este juicio lo formulamos conforme a nuestra experiencia humana, a los datos que nos dan las ciencias naturales obtenidos experimentalmente. Esto pertenece al conocimiento humano, es "conocimiento de la causalidad"

que está en la cabeza del juez, pero no es la causalidad misma, sino el conocimiento que le permite juzgar acerca de la causalidad. Confundir la causalidad con su conocimiento es como confundir al enfermo con la medicina.

§ 241. c) Los sujetos del delito pueden ser *activo* y *pasivo*. Sujeto activo del delito es el que lleva adelante la conducta típica, como autor o como partícipe, en tanto que el sujeto pasivo puede ser el titular del bien jurídico tutelado (sujeto pasivo del delito) o el que recibe en forma directa el efecto de la conducta (sujeto pasivo de la conducta). En los tipos penales militares, sean delitos esencialmente militares o delitos militarizados, el sujeto pasivo del delito, es decir, el sujeto pasivo titular del bien jurídico afectado, al menos en cuanto al bien jurídico militar se refiere, son todos los integrantes de la comunidad nacional que se benefician con la seguridad y la defensa nacional. Esto hace que nunca pueda haber en el delito militar un sujeto pasivo unipersonal, sino que el sujeto pasivo siempre es colectivo.

El sujeto pasivo de la conducta, es decir, quien recibe directamente los efectos de la misma, puede ser tanto unipersonal como pluripersonal o colectivo. Los tipos suelen precisar los caracteres de los sujetos pasivos de la conducta. Así, el superior en la insubordinación (art. 667), en la desobediencia (674), en el motín (683), el inferior en el abuso de autoridad (702), los funcionarios jueces o tribunales (art. 703), los prisioneros de guerra (art. 746, inc. 1), el parlamentario (art. 746, inc. 4), etc.

En tanto que en el derecho penal común hay delitos que pueden ser cometidos por cualquiera y que se llaman *delicta comunitaria*, es necesario concep-

tualmente que el sujeto activo del delito militar sea un militar, por lo cual todos los delitos militares son *delicta propria*, también llamados *delitos especiales*. No obstante, dentro de la especialidad que siempre importa el delito militar, frecuentemente los tipos requieren ciertas condiciones objetivas en los sujetos activos, además de la de ser militar. Consecuentemente, si por definición todos los delitos militares son especiales, podemos hablar dentro de ellos de delitos *especialísimos*, que son aquéllos cuyas tipicidades objetivas no se conforman con que el sujeto activo sea militar, sino que requieren aun una especialización mayor dentro del mismo concepto de militar. Así, serían delitos militares especialísimos, por ejemplo, los siguientes: arts. 638, 639, 741, 742, C.J.M. ("militar con mando"), art. 731 (centinela, salvaguardia, vigía, escucha u operador de telecomunicaciones o telelocalizador), arts. 732 y 733 (ídem), art. 756 (comandante), art. 768, 2º párrafo (jefe de puesto o de guardia), art. 780 (funcionarios o auxiliares de la justicia militar), art. 787 (encargado de la custodia de buque o aeronave), art. 788 (encargado de la escolta de buque, aeronave o convoy), art. 791 (jefe de embarcación menor), art. 795 (jefe de escuadra, fuerza naval o buque suelto y comandante de aeronave o formación aérea), etc.

Según el número de sujetos activos, hay delitos que sólo pueden ser cometidos por una persona o que pudiendo ser cometidos por una persona también pueden serlo por varias. Esta característica de unipersonalidad del sujeto activo (necesario o eventual) da lugar a que se hable de delitos *unisubjetivos*, *monosubjetivos* o *individuales*, por oposición a aquellos delitos cuya tipicidad requiere que ineludiblemente sean cometidos por varias personas, lo que da

lugar a los llamados delitos *plurisubjetivos, colectivos o de concurso necesario*. Así, es un delito necesariamente unisubjetivo la automutilación (art. 820, C.J.M.), eventualmente o no necesariamente unisubjetivo el de exacción ilegal (art. 821), en tanto que son delitos plurisubjetivos el motín (art. 683), el complot para la deserción (art. 725), la rebelión (art. 642).

§ 242. d) Hay tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier circunstancia, en tanto que hay otros que contienen especiales *referencias*, que pueden ser de lugar, de tiempo, de modo, de ocasión, de medios, etc. La más común referencia de tiempo en el C.J.M. es el "tiempo de guerra". Tipos referenciados por el modo son por ejemplo los de los arts. 667 (ostensiblemente, expresamente), 700 (ostensiblemente), 713, inc. 4 (con pretexto de enfermedades o males supuestos). Tipos referenciados por la ocasión son todos los que requieren que la conducta tenga lugar en formación, en tanto que referenciado por el lugar es por ejemplo el del art. 723 (territorio extranjero) y referenciados por los medios son por ejemplo, los del art. 670 (armas), 703 (valiéndose de la autoridad que inviste), 720 (violencia o fractura, excavaciones, escalamiento), 764 (medio fraudulento), 821 (violencia o amenazas), etc. Los tipos referenciados por el medio suelen dar lugar a los llamados delitos de "formulación casuística", en tanto que los restantes se llamarían "tipos o delitos de formulación libre".

§ 243. e) Hemos visto al ocuparnos del concepto general de tipo penal, que en algunos tipos legales se contienen, junto con los elementos descriptivos,

elementos normativos, para cuya comprensión se hace necesario acudir a una valoración jurídica o ético-social. Tales elementos pertenecen también al tipo objetivo.

II. EL ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO: A) EL DOLO.

§ 244. El dolo es el *querer la producción del resultado típico* y constituye el núcleo fundamental y central —a veces, la mayoría de ellas— único de la tipicidad dolosa. Los tipos dolosos, por regla exigen sólo que la voluntad del sujeto activo llegue hasta querer la realización del resultado típico, es decir, hasta querer la realización del tipo objetivo. Otras veces, exigen que además haya otros contenidos subjetivos además de ese, como son las ultra-intenciones (el querer el resultado para otra cosa) o los ánimos (cobardía, por ejemplo). Estos elementos subjetivos del tipo que exceden del dolo, también forman parte del tipo subjetivo y se han llamado "elementos subjetivos del injusto", siendo el nombre más correcto el de elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Nos ocuparemos luego de ellos, pero ahora nos limitaremos a lo principal —y generalmente único— del aspecto subjetivo del tipo doloso (o tipo subjetivo) que es el dolo que, como dijimos, es el querer la realización de la tipicidad objetiva.

§ 245. El dolo es querer la tipicidad objetiva, porque en el tipo doloso, el legislador individualiza la conducta prohibida por la finalidad buscada por el sujeto. Luego, el dolo es *querer*, pero para querer es necesario también *conocer*, porque no se puede querer la realización de una tipicidad objetiva si no se co-

nocen los elementos que integran esa tipicidad. Esto se ve suficientemente claro en la disposición del art. 666, C.J.M.: "El militar que cometiere vías de hecho o actos de irrespetuosidad contra un superior que no vista uniforme o no lleve distintivo de su grado, ni se haga reconocer como superior, será juzgado conforme a las disposiciones del Código Penal, por el delito que hubiere cometido, salvo que se comprobare que lo conocía, en cuyo caso, se aplicarán al hecho las penas establecidas por este Código". Se ve aquí que nadie puede cometer una irrespetuosidad hacia un superior en forma dolosa, es decir, nadie puede querer faltar el respeto a un superior, si ignora que se trata de un superior.

Para querer, es decir, para actuar con dolo es necesario un conocimiento, pero un conocimiento efectivo, real, existente, disponible, no bastando una mera posibilidad de conocimiento. *No basta con que el inferior hubiese podido saber* que se trataba de un superior, sino que *se requiere que lo haya sabido*. El llamado conocimiento potencial no es conocimiento, sino una mera posibilidad de conocimiento. De allí que sea insuficiente para fundar la voluntad dolosa, es decir, la voluntad dirigida a obtener el resultado típico (el tipo objetivo).

No debe confundirse el conocimiento que requiere el dolo con el conocimiento de la antijuridicidad, que es un problema de culpabilidad. Hay dolo —para seguir con el claro ejemplo del art. 666, C.J.M.— cuando el sujeto conoce que se trata de un superior y también conoce la naturaleza irrespetuosa de la conducta que realiza, sin que para nada afecte la existencia de la voluntad dirigida a faltar el respeto que el autor conozca o no conozca que su conducta es o no contraria al derecho.

§ 246. El art. 34 del C.P., en su inc. 1, requiere que el sujeto haya tenido la posibilidad de comprender la criminalidad de su conducta, y, en modo alguno requiere que efectivamente la haya comprendido. Veremos luego que "comprender" es más que conocer, pero que necesariamente exige el conocimiento. Por ello, lo que el inc. 1 del art. 34 del C.P. requiere es únicamente que el autor haya podido conocer (y comprender) que injuriar al superior era contrario al derecho, pero en modo alguno demanda que efectivamente lo haya sabido o conocido. De allí que la llamada "comprensión de la antijuridicidad" (o de la criminalidad) no sea más que un término que implica como presupuesto una posibilidad de conocimiento, un simple conocimiento potencial (que es un "no conocimiento", porque lo que simplemente "puede ser" es porque no se sabe si es, porque puede no ser). De allí que no puedan confundirse jamás estos dos conocimientos: el dolo requiere el conocimiento de que la persona a la que se injuria es un superior y de que las palabras o los gestos que se realizan son injuriosos o irrespetuosos; la culpabilidad (que como luego volveremos a ver y ya sintéticamente hemos dicho, es el reproche personal al autor por la conducta típica y antijurídica que ha cometido), requiere que el autor haya tenido la posibilidad de conocer (y de comprender), que la injuria al superior es contraria al derecho.

Así, si un sujeto incorporado urgentemente al ejército por razones de emergencia y sin instrucción, ignora que la persona que tiene delante es un superior, porque no conoce las insignias del grado o porque el mismo está vestido de civil, no tiene voluntad de injuriar a un superior; si la misma persona ignora que cuando se halla delante de un superior debe po-

nerse de pie y cuadrarse, porque lo contrario es un acto de irrespetuosidad, pese a saber que quien tiene delante es un superior, si permanece sentado ante su presencia no incurre tampoco en el delito del art. 663, C.J.M., porque no ha tenido la voluntad final de injuriar al superior. Por ello, resulta claro y coherente —y también innecesario que el C.J.M. lo precise— que en esos casos sólo podrá haber un delito común si es que en efecto ha cometido uno de estos delitos el autor del hecho. En el caso del que ignora que se trata de un superior y le injurya, habrá cometido un delito común de injurias, penado por el C.P.; en el caso del que no sabe que es una injurya no cuadrarse y saludar militarmente al superior, ni siquiera existirá el delito de injuryas, porque no habrá querido ofender el honor de nadie.

III. EL ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO: B) EL ERROR DE TIPO.

§ 247. *El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo.* Así, quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su superior; el militar que reciba órdenes de un superior amotinado, si ignora que el superior está amotinado y que, por ende, carece de autoridad para impartirle órdenes (art. 695, C.J.M.), no puede tener la voluntad final de participar en un motín; el militar que halla a un soldado emboscado y “camouflado” y le agrede con armas, creyendo que es un soldado enemigo cuando en realidad es un centinela o el integrante de una patrulla que está cumpliendo una consigna, no puede incurrir en

los delitos de los arts. 670 y 671, porque en ningún caso pudo tener la voluntad de atacar con armas a un centinela ni de resistir a una patrulla; el militar que al mismo soldado le apunta haciéndole salir de su escondite, le habrá amenazado, pero no incurrirá en la tipicidad del art. 672 porque no pudo tener la voluntad final de amenazar a un centinela, si en realidad creía que se trataba de un soldado enemigo y que estaba tomando un prisionero; el militar que hallándose de guardia fuese convidado con una inocente pastilla de menta que en realidad es un estupefaciente, no incurrirá en la responsabilidad del art. 732 porque no se ha colocado dolosamente bajo la acción del estupefaciente; etc.

En todos estos casos, el error habrá recaído sobre uno de los elementos del tipo objetivo: en el primero el sujeto ignora que es un superior y cree que está disparando sobre un oso; en el segundo cree que es un superior con autoridad, cuando en realidad es un delincuente militar que está cometiendo un delito; en el tercero cree que está haciendo una acción de atacar a un enemigo; en el cuarto cree que está haciendo prisionero a un soldado enemigo; en el quinto cree que está comiendo una pastilla de menta.

Como se puede ver, en todos estos casos desaparece la finalidad típica, es decir la voluntad de realizar el tipo objetivo. No habiendo querer de la realización del tipo objetivo, no hay dolo y, por ende, la conducta es atípica. Son casos en que hay tipicidad objetiva, pero no hay tipicidad subjetiva, porque falta el dolo.

Dolo es querer la realización del tipo objetivo; cuando no se sabe que se está realizando un tipo objetivo, no puede existir ese querer y, por ende, no hay dolo: ese es el error de tipo.

Todo error que determina la imposibilidad de la voluntad realizadora del tipo objetivo es un error de tipo. Todo error que no determina esa imposibilidad queda fuera del error de tipo y será motivo de otro tratamiento.

En todos estos casos lo que no hay es *dolo*, es decir, el querer del resultado, del tipo objetivo, pero como hemos dicho al separar el conocimiento que exige el dolo de la mera posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad reclamada por la culpabilidad, no pueden confundirse estos casos con los otros, en los que el sujeto no ha tenido el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta que realizaba. Así, si por ejemplo tomamos el caso del inferior que obedece al superior amotinado, habrá un *error de tipo* (no habrá dolo) si el inferior ignora que el superior está amotinado, pero habrá un *error de prohibición* que es un problema de culpabilidad y no de tipicidad, porque no afecta al dolo si el inferior sabe que el superior está amotinado, pero ignora que en virtud del art. 695 no tiene derecho a impartirle órdenes y cree que actúa en obediencia debida. En este último caso el inferior actúa con el fin de participar en el motín, es decir, con dolo de amotinado, pero lo que ignora es que eso es contrario al derecho, porque cree que aun en ese supuesto es su deber obedecer las órdenes del superior.

Así como en el art. 666, C.J.M. —que ya hemos visto— se prevé un claro supuesto de error de tipo, también hay otro error de tipo previsto en el art. 789, C.J.M., que tipifica expresamente la conducta del que lo determina: "El oficial encargado de la derrota o navegador, o el piloto de un buque o aeronave militar o de un convoy, que mediante alguna operación, consejo o informe, de cualquier modo induiere en error al capitán o comandante, en per-

juicio del servicio, será reprimido con prisión mayor". Resulta claro que el capitán o comandante no incurre en ningún delito doloso contra el servicio si en función de esa información errónea lo perjudica, porque no tendrá dolo, es decir, no actuará queriendo perjudicar el servicio, sino en la falsa creencia de que lo está prestando correctamente.

§ 248. Cabe aclarar que cuando hablamos de "error de tipo" nos estamos refiriendo a un concepto jurídico que abarca dos fenómenos que psicológicamente pueden distinguirse, pero que jurídicamente tienen los mismos efectos: el error y la ignorancia. *El error es el conocimiento falso acerca de algo; la ignorancia es la falta de conocimiento sobre algo.* Desde el punto de vista del derecho penal, ambos tienen los mismos efectos.

En cualquier caso, el error de tipo elimina el dolo y, como consecuencia ineludible, la tipicidad dolosa de la conducta.

No obstante, siempre que se habla del error, se distingue entre el error evitable o vencible y el error inevitable o invencible. Es evitable el error en que no se hubiese caído en caso de haberse aplicado la diligencia debida, como sucede en el caso del capitán o comandante que con la debida diligencia se hubiese percatado de que los informes que se le suministraban eran falsos. Es inevitable el error de quien poniendo la diligencia debida no hubiese salido del error, como en el supuesto de que el capitán, por más que ponga la debida diligencia y atención en su función, no hubiese podido percatarse de la falsedad del informe. *En caso que el error de tipo sea inevitable (o invencible) además de eliminar la tipicidad dolosa, descarta cualquier otra forma de tipicidad.*

Siendo el error vencible (o evitable) también elimina la tipicidad dolosa, pero en caso de que haya tipo culposo y se den sus extremos, podrá ser la conducta típicamente culposa, es decir, dar lugar a una forma de tipicidad que no se configura atendiendo a la finalidad misma de la conducta, sino a su modo de obtención.

>Error de tipo	Elimina siempre el dolo y, por ende, la tipicidad dolosa de la conducta. Puede ser:	vencible	puede dar lugar a tipicidad culposa;
		invencible	elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa.

Según el inc. 1 del art. 34 del C.P., no se aplica pena "al que no haya podido en el momento del hecho... por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto...".

Para que alguien pueda "comprender la criminalidad" de un acto se requiere que conozca los elementos que están requeridos por el tipo objetivo y que pueda conocer la antijuridicidad de su conducta, es decir, que debe estar libre de error de tipo tanto como libre de error de prohibición, porque *está tan imposibilitado de comprender la criminalidad de su acto el que no sabe que con su acto causa un resultado típico, como el que cree que no está prohibida (o que está permitida) su conducta.*

La distinción entre el error de tipo y el de prohibición no surge del inc. 1 del art. 34, C.P., sino que es menester buscarla por otra vía, y ella es la que proporciona la fórmula de la tentativa, que es a partir

de la que se construye el concepto del dolo; el fin de cometer un delito determinado (art. 42, C.P.). Cuando el error o ignorancia impida comprender la criminalidad del acto porque no pueda concebirse que en ese estado se tenga el fin de cometer un delito determinado, tendremos un error de tipo. Cuando el error o la ignorancia impida comprender la criminalidad del acto, pero no elimine el fin de cometer un delito determinado, tendremos un error de prohibición.

§ 249. Hemos visto que el error de tipo elimina la tipicidad dolosa (aunque puede dar lugar a tipicidad culposa) y que el error de prohibición —del que luego nos ocuparemos *in extenso*— es un problema de culpabilidad. No obstante, esto no debe hacernos pensar que el error de tipo es el que tradicionalmente se llama "error de hecho" (o *error facti*) y el error de prohibición "error de derecho" (o *error juris*), puesto que esto sería simplista e inexacto. En principio no hay diferencia nítida entre el error de hecho y el de derecho, entre otras cosas porque el error de derecho siempre es un error de hecho (error acerca del hecho de que el legislador prohibió algo). De allí que modernamente se rechace esa distinción en el derecho penal común y no haya razón alguna para mantenerla en el derecho penal militar. En segundo término, la afirmación de que el error de derecho no excusa no tiene sentido alguno, porque pretende fundarse en una ficción que es falsa, dado que ni los técnicos conocemos todo el derecho vigente.

§ 250. Resulta muy claro que el C.J.M. releva el error de derecho, hasta el punto de que el art. 690 para penar al militar que alza la voz pidiendo gracia estando formado el cuadro en que debe ejecutarse

a un condenado, exige que "esta prescripción" haya sido "leída o dicha en alta voz por el jefe que mande la ejecución", lo que desvirtúa la ficción absurda de que el derecho se presume conocido por todos. Por otra parte, sin que requiera siquiera el error de derecho en cuanto al conocimiento de que la conducta fuese contraria al derecho, sino bastándole con el simple error o posibilidad de error acerca de la mera punibilidad militar de la conducta, el C.J.M. contempla como atenuante "no haberse leído o hecho conocer al imputado las disposiciones de las leyes penales militares a los individuos de tropa, con anterioridad a la comisión del hecho, y siempre que éste encuadre en alguna disposición de esas leyes" (art. 515, inc. 2).

En cuanto a la remisión que en función del art. 510 corresponde al C.P., entendemos que tampoco éste cierra la posibilidad de relevar el llamado "error de derecho". Si leemos atentamente el inc. 1 del art. 34, C.P., veremos que éste habla de "error o ignorancia de hecho no imputable"; pues bien: si "de hecho" debe entenderse como "error de hecho" o "ignorancia de hecho", quedaría excluido el error de derecho, pero si entendiésemos la expresión como "error" (cuálquiera sea) o "ignorancia de hecho", que es la forma en que corresponde entenderla, porque es la más restrictiva de la punibilidad, la limitación a lo fáctico resulta sólo referida a la ignorancia y, en tal sentido, esa limitación sólo será aclaratoria, porque la ignorancia nunca puede ser "de derecho", dado que como en derecho no hay más que dos posibilidades (prohibido o no prohibido), la ignorancia de derecho siempre será un error, es decir, no una falta de conocimiento, sino un conocimiento errado. Además, no es concebible que el C.P. pene a los jueces por prevaricato sólo

cuando resuelvan contra el texto expreso de la ley invocado por las partes o por ellos mismos (art. 269, C.P.), no penándolos en los demás casos, porque si el C.P. se fundase en la ficción de que la ley es conocida por todos, sería absurdo que pretendiese esa ficción para todos los habitantes de la Nación, excepto, precisamente, para los jueces, que son los técnicos encargados de aplicarlas.

§ 251. Hemos visto que en los tipos suele haber elementos normativos al par de elementos descriptivos, para cuyo conocimiento se requieren conceptos jurídicos. Consiguientemente, cuando un tipo objetivo contiene elementos normativos, el conocimiento requerido en el dolo debe abarcar el conocimiento jurídico de tales conceptos. Así, por ejemplo, el concepto de "superior" es un concepto normativo, y el dolo requiere no sólo que se conozca el grado o jerarquía del sujeto pasivo de la conducta, sino también que el sujeto con tal jerarquía es un "superior", es decir, que tiene autoridad en razón del grado más elevado, o del cargo que desempeña (art. 877, C.J.M.). Este es un conocimiento jurídico que está dado por la legislación militar y el desconocimiento del mismo da lugar a un error de tipo, no obstante, que conforme a la clasificación tradicional del error, se trataría de un error "de derecho". Vemos, pues, que la clasificación moderna del error, en error de tipo (que elimina el dolo) y error de prohibición (que puede eliminar la culpabilidad) nada tiene que ver con la antigua dicotomía de error *juris* y error *facti*, quedando claro que los errores que recaen sobre elementos normativos de los tipos, son errores de tipo.

IV. EL ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO: C) EL DOLO DESDE EL PUNTO DE VISTA CONATIVO.

§ 252. Se llama *dolo directo* a aquel en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin. Cuando se trata del fin directamente querido se llama *dolo directo de primer grado* y cuando se quiere el resultado como necesaria consecuencia del medio elegido para la obtención del fin se llama *dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias*.

Cuando un sujeto quiere matar a otro y le dispara cinco balazos, quiere directamente el resultado como el fin propuesto en forma inmediata (dolo directo de primer grado), en tanto que cuando un sujeto para producir deliberadamente la pérdida de una aeronave (art. 792, C.J.M.), introduce en ella un explosivo, querrá como consecuencia necesaria del medio elegido y como resultado directamente querido la muerte de los ocupantes de la aeronave (dolo directo de segundo grado).

En el dolo directo, el resultado se quiere directamente (como fin o como consecuencia necesaria del medio querido), y esta forma de querer es diferente del querer de un resultado concomitante cuando *se lo acepta como posibilidad*: este es el *dolo eventual*.

Cuando un sujeto programa la causalidad para obtener una finalidad, se representa los posibles resultados concomitantes de su conducta. En tal caso, si confía en que evitará o no sobrevendrán esos resultados, nos hallamos con un supuesto de culpa con representación, pero si actúa admitiendo la posibilidad de que sobrevengan, el caso será de dolo eventual.

§ 253. El dolo eventual conceptualizado en términos corrientes es la conducta del que dice "que se aguante", "que se fastidie", "si pasa, mala suerte", "que me importa". Obsérvese que aquí no hay una aceptación del resultado como tal, sino su aceptación como posibilidad, como probabilidad.

Un ejemplo clásico servirá para explicarnos mejor: unos mendigos rusos amputaban brazos o piernas a niños para usarlos luego excitando la compasión. Por cierto que de vez en cuando algún niño moría como consecuencia de las amputaciones, y los mendigos sabían de tal posibilidad y la aceptaban, es decir que incorporaban a su querer del niño amputado, el niño muerto como probabilidad, aunque no lo deseaban ni hubiesen aceptado el resultado como fin o consecuencia necesaria, porque el niño muerto no servía a sus propósitos.

Uno de los casos más usuales de dolo eventual es el que se da cuando un sujeto activo no conoce con certeza la existencia de los elementos requeridos por el tipo objetivo, pero duda acerca de su existencia, aunque, no obstante esa duda, actúa, aceptando la posibilidad de su existencia.

El que no está seguro acerca de si la persona a quien injuria es o no un superior pero tampoco le importa averiguarlo, porque le da lo mismo que lo sea o que no lo sea, está actuando con dolo eventual.

§ 254. El límite entre el dolo eventual y la culpa con representación es un terreno resbaladizo, aunque más en el campo procesal que en el penal. En nuestra ciencia, el límite lo da la aceptación o el rechazo de la posibilidad de producción del resultado, y

en el campo procesal lo que se plantea es un problema de prueba que en caso de duda acerca de la aceptación o rechazo de la posibilidad de producción del resultado, impondrá que el tribunal considere que hay culpa, por el beneficio de la duda.

Dolo	Directo	De primer grado: cuando el resultado es querido directamente como fin.
	Eventual	De segundo grado: cuando el resultado es la consecuencia necesaria del medio elegido.
	Eventual	Cuando el sujeto se representa la posibilidad del resultado concomitante y la incluye como tal en la voluntad realizadora.

§ 255. Si bien es cierto que la mayor parte de los tipos dolosos admite la forma del dolo eventual, es menester advertir que hay tipos dolosos que sólo pueden ser cometidos con dolo directo. Así, por ej., el art. 780, C.J.M., que requiere el extravío "intencional" de un sumario o de actuaciones judiciales; el art. 792 exige que se provoque la pérdida de un buque o aeronave en forma "deliberada"; el art. 794, C.J.M., también exige que las averías sean causadas "deliberadamente"; el inc. 1 del art. 832 pena al que expidiere "maliciosamente" sentencia o resolución injusta; etc. Se trata de casos todos en los que es exigido el dolo directo como única forma de comisión dolosa del delito.

V. EL ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO: D) LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO.

§ 256. Hemos visto que ocasionalmente hay elementos subjetivos del tipo que son distintos del mero querer la realización de la tipicidad objetiva y que llamamos "elementos subjetivos del tipo distintos del dolo". Estos requerimientos pueden ser de dos distintas naturalezas: unos son *ultraintenciones*, particulares direcciones de la voluntad que van más allá del mero querer la realización del tipo objetivo; otros son particulares *disposiciones internas* del sujeto activo.

A las *ultraintenciones* pertenecen, por ejemplo, "el objeto de procurar para sí o para otro un beneficio ilícito de carácter patrimonial" (art. 821, C.J.M.), los "fines de lucro personal" (art. 822, C.J.M.); el "propósito de beneficio público" (art. 823, C.J.M.); etc. A los *elementos del ánimo* pertenece por ejemplo la "señal de menosprecio" del art. 761, C.J.M.

§ 257. No deben confundirse los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo con los motivos, que es una cuestión de culpabilidad a la que frecuentemente se hace referencia en la ley penal militar. En tanto que en los elementos del tipo generalmente se trata de un *¿hacia dónde?*, en las referencias legales a la culpabilidad se apunta a un *¿de dónde?*; en otras palabras, el motivo, problema de culpabilidad, es siempre la respuesta al *¿por qué?*, en tanto que el elemento del tipo es un *¿para qué?* o una referencia anímica interna.

Capítulo XI

LOS TIPOS PENALES MILITARES CULPOSOS

I. LA CULPA Y LA FINALIDAD.

§ 258. El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado. La circunstancia de que el tipo no individualice la conducta culposa por la finalidad en sí misma, no significa que la conducta no tenga finalidad, lo que no parecen haber entendido muchos autores. El tipo es una figura que crea el legislador, una imagen que da a muy grandes trazos y al solo efecto de permitir la individualización de algunas conductas. Cuando se toman algunos caracteres para individualizar un objeto cualquiera, como ser algunos caracteres parciales para individualizar a ciertas personas, como cuando se describen los de la raza amarilla por la forma de sus ojos, esto no significa que los hombres de raza amarilla no tengan nariz. Asentado que el tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquier otra, cabe precisar que, dada su forma de deslindar la conducta prohibida, el más importante elemento que debemos tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado. En el C.I.M. no hay ninguna definición general de culpa, como tampoco la hay en el C.P. Así como el concepto de dolo lo hemos construido dogmáticamente a partir

de la fórmula de la tentativa (art. 42, C.P.), por remisión del art. 510, C.J.M., con el concepto dogmático de culpa debemos proceder en el derecho penal militar de manera diferente, porque la remisión del art. 510, C.J.M., es al libro primero del C.P., pero no a su libro segundo, que es de donde se extraen los elementos legales para construir la culpa en el derecho penal común.

Habiendo tipos culposos en el libro segundo del tratado tercero del C.J.M., y no remitiendo el art. 510 a la parte especial del C.P., lo lógico es que para construir dogmáticamente la culpa en el derecho penal militar acudamos a sus propios tipos culposos, pese a que, en definitiva, lleguemos a resultados análogos a los obtenidos en el derecho penal común, salvo en cuanto a las consecuencias más graves que algunos tipos culposos tienen en el derecho penal militar.

Si bien en varios tipos de la ley penal militar se emplea directamente la palabra "culpa" o sus adverbiaciones (arts. 793, 794, párrafo 2º, 830, 789, párrafo 3º), lo que de preferencia se emplea es "negligencia" (arts. 736 a 740, 779, C.J.M.) la que se suele combinar indistintamente con otras, tales como "impericia" (arts. 740 y 779), o con "omisión en el cumplimiento de sus deberes" (art. 737, C.J.M.), o usando alguna fórmula que es en definitiva análoga a "negligencia", como "descuida sus tareas, resultando perjuicio por esta causa" (art. 785, inc. 1), o "por no haberlo guardado cuidadosamente" (art. 774, C.J.M.).

Si tenemos en cuenta que la palabra "culpa" se introduce en una reciente reforma (ley 21.944, dº febrero de 1979), veremos que la idea que impera francamente en el C.J.M. es la de "negligencia", lo que parece opuesto a la que impera en el C.P., en

cuya parte especial se habla de "imprudencia o negligencia", por regla general. En definitiva tal oposición no existe, porque prácticamente no hay negligencia que no implique una imprudencia ni imprudencia que no importe una negligencia.

De toda forma, este no es el problema en el C.J.M., donde quizás la idea misma de "negligencia" resulte más correcta e induzca menos en confusiones, siendo de observar que se adecua más a la expresión usual en el derecho penal alemán (*Fahrlässigkeit*), en que el concepto se aproxima más a "dejadez", "descuido", "abandono".

En definitiva, la terminología usada por el C.J.M. evita la inútil discusión acerca de si hay alguna diferencia entre la negligencia y la imprudencia y destaca con suficiente claridad lo que es elemento fundamental de la idea central de la culpa, que es la *violación del deber de cuidado en la selección de los medios que se emplean para realizar una conducta determinada, que impone que el sujeto lo haga en forma tal de evitar que la causalidad puesta en marcha con ellos afecte bienes jurídicos ajenos y, en caso de no poder evitar la realización de la conducta sin que la misma provoque tal peligro, le impone abstenerse de realizarla*.

§ 259. Debido a esta característica de la culpa o negligencia, los tipos culposos son en el C.J.M., *tipos abiertos*, es decir, que deben ser completados o cerrados por el juez, acudiendo a una norma general que se halla fuera del tipo mismo. La conducta culposa o negligente se halla *prima facie* indeterminada siendo sólo determinable en una posterior etapa en la que se precisa cual era el deber que tenía a su cargo el autor en esa particular conducta.

Esta determinación de la tipicidad en dos etapas, nada tiene que ver con la antijuridicidad de la conducta, como no sea a nivel de mero indicio o presunción, al igual que en el tipo doloso, en que la tipicidad es un indicio o presunción de la antijuridicidad. Una conducta violatoria de un deber de cuidado puede estar justificada: hay un deber de cuidado a cargo de quien comanda un buque militar, y configura una negligencia grave lanzarse a navegar por rutas desconocidas, donde puede producirse un encallamiento y la pérdida del buque (art. 792, C.J.M., 2º párrafo), pero bien puede suceder que esto ocurra porque el comandante se vea precisado a retirarse urgentemente ante la amenaza de fuerzas superiores, ante el corte de las rutas conocidas con minas submarinas, ante una tempestad que le impida seguir su ruta, y, por ende, afrontar el peligro de perder el buque. En tal circunstancia es obvio que está violando un deber de cuidado, pero lo hace amparado por el inc. 3 del art. 34 del C.P., aun cuando efectivamente cause la pérdida del buque.

II. LA FUNCIÓN DEL FIN EN EL TIPO CULPOSO.

§ 260. Cuando no se sabe qué fin persigue la conducta de un sujeto, no se sabe cuál es su conducta, adónde se dirige, y por consiguiente, cuál es el deber de cuidado que le incumbe. Dos buques pueden estar escoltando un convoy, y ambos separarse de él, es decir que exteriormente sus conductas son iguales, pero en tanto que el comandante de uno lo hace para adelantarse y detectar minas, el otro lo hace porque cree que no es necesario permanecer cerca, dado que no hay peligro, y prefiere navegar por aguas más tran-

quilas. El primero, si bien materialmente se habría separado del convoy, dada su finalidad, no puede afirmarse que haya ocurrido en un verdadero abandono de la escolta ordenada, en tanto que el segundo habría ocurrido indudablemente en él (art. 739, C.J.M.).

Un militar enciende fuego cerca de un polvorín y causa una explosión (art. 830, C.J.M.), pero puede hacerlo porque se le ocurre fumar o puede hacerlo en cumplimiento de una orden de iluminar un campo para posibilitar un aterrizaje. Una conducta es la de fumar, la otra la de señalizar una pista de aterrizaje. En el primer caso se viola el deber de cuidado que debe tenerse cuando se fuma para no causar un incendio o una explosión y que obliga a no fumar en la cercanía de material explosivo, en el segundo caso se viola el deber de cuidado que impone señalizar de modo diferente que con fuego una pista de aterrizaje cercana a un polvorín.

No hay un deber de cuidado *general*, sino que a cada conducta corresponde un deber de cuidado. Uno es el deber de cuidado al conducir un vehículo, otro al demoler un edificio, otro al encender una estufa, otro al derribar un árbol. De allí que sea inevitable que los tipos culposos sean abiertos, y la única manera de cerrarlos sea sabiendo de qué conducta se trata: conducir, demoler, encender, hachar. Para saber que una conducta es de conducir, de demoler, de encender o de hachar, debemos saber su finalidad, porque hay conductas que exteriormente son idénticas, que pueden causar los mismos resultados, pero cuya diferencia emerge sólo de la finalidad, lo que las hace ser conductas diferentes, a las que incumben deberes de cuidado diferentes.

III. RESULTADO, CAUSALIDAD Y VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO.

§ 261. El resultado es en el tipo culposo un "componente de azar", que puede o no presentarse, pero que sólo hace que la conducta negligente sea típica cuando se produzca el resultado.

Si por un momento nos imaginásemos lo que sucedería si cualquier conducta negligente de un militar fuese un delito, aun cuando no se tradujese en ningún resultado lesivo o peligroso para la defensa nacional o para el servicio, veríamos que el ámbito de lo delictivo se extendería inconmensurablemente. No debemos confundir los tipos culposos con los tipos dolosos de peligro abstracto, como es el caso del art. 783, C.J.M., en el que incurre el militar que en tiempo de guerra, estando embarcado en un buque de las fuerzas armadas o en un convoy, tuviese luces encendidas durante la noche. En este caso, hay sólo un tipo doloso de peligro abstracto, que está cominado con prisión, pero no es un tipo culposo. En el tipo culposo, si el resultado no fuese exigido como un límite al campo de lo prohibido, lo delictivo haría prácticamente intolerable la vida militar. Un militar puede tener por costumbre guardar los despachos que se le confían para tránsmitir en la "guantera" de su automóvil, que deja estacionado sin llaves. Puede ser que la conducta la repita cien veces, pero recién se configurará el delito del art. 774, C.J.M., cuando le hurten el despacho que debía tránsmitir.

Toda explicación de la culpa a partir del resultado fracasa, precisamente, porque éste no cumple un papel protagónico, sino sólo limitativo de la tipicidad.

§ 262. Así como no puede explicarse la culpa partiendo del resultado, tampoco puede hacérselo partiendo de la causalidad. Piénsese en el oficial encargado de la derrota que por impericia hace que el buque pierda su rumbo y embista a otro buque militar, que mantenía el rumbo señalado. Tan causal del abordaje es la conducta del militar que hizo salir al buque de su rumbo como la del que hacía que el otro buque mantuviese el suyo, porque si cualquiera de los buques no hubiese estado en ese momento en ese lugar, el abordaje no se hubiese producido. Sin embargo es evidente que sólo incurre en la conducta culposa quien se aparta del rumbo (art. 789, 3er. párrafo, C.J.M.). Por consiguiente, no es la causalidad tampoco lo que dará la clave de la culpa o negligencia.

§ 263. La característica típica más importante y definitoria de la culpa no puede ser otra, tal como ya lo hemos dicho, que la *violación del deber de cuidado*.

Frecuentemente los deberes de cuidado se hallan establecidos en la ley, como sucede en las actividades reglamentadas, tales como conducir vehículos motorizados. En esos casos, la violación de los preceptos reglamentarios será un indicio de violación al deber de cuidado, pero será preciso tener siempre presente que una infracción administrativa no es un delito, dado que no siempre la infracción del reglamento es una violación al deber de cuidado. De cualquier manera ninguna reglamentación agota todas las posibles formas de violación al deber de cuidado que pueden darse en la actividad que reglamenta, y siempre se acude a alguna fórmula general.

Por otra parte, son incontables las conductas en que se puede violar un deber de cuidado, determinan-

do la afectación de un bien jurídico ajeno y que no se hallan reglamentadas ni podrían estarlo. Aquí las remisiones a las pautas generales son todavía más ineludibles.

§ 264. La violación del deber de cuidado plantea problemas particulares, que no pueden pasarse por alto sin caer en gruesos errores en la solución de los casos que se plantean. Así, la circunstancia de que alguien haya violado un deber de cuidado, pero el resultado se produzca porque otro también ha violado el deber de cuidado que le incumbía, es una posibilidad que no puede descartarse, y la tipicidad culposa de la conducta de uno no afecta para nada la tipicidad culposa de la conducta del otro, puesto que no se están juzgando resultados, sino conductas que causan uno o varios resultados.

Estos problemas se solucionan en la ciencia penal contemporánea acudiendo al "principio de la confianza", según el cual resulta conforme al deber de cuidado la conducta del que en cualquier actividad compartida mantiene la confianza en que el otro se comportará conforme al deber de cuidado mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario.

Así, cuando la impericia o negligencia del oficial encargado de la derrota hace incurrir en error al capitán, no puede descartarse la tipicidad culposa de la conducta del capitán, si éste, en caso de poner la diligencia debida en el cumplimiento de sus deberes, a una altura de las circunstancias debía percatarse de que el buque había desviado su rumbo. Sin embargo, mientras el capitán, cumpliendo con sus deberes, no tenga ningún motivo para sospechar que el ofi-

cial encargado de la derrota se está comportando en forma negligente o imperita, no incurrirá en ninguna negligencia, ya que no tiene por qué dejar de confiar en que su subalterno cumple también con los suyos.

§ 265. Respecto de la *impericia*, que el C.J.M. combina con la negligencia en los arts. 740 y 779, es menester también formular ciertas aclaraciones.

El autor del delito culposo del art. 740, C.J.M., es el "comandante en jefe o el jefe superior con mando independiente", que por impericia o negligencia pierda una acción de guerra. La "impericia" aquí, no es sólo la "falta de pericia", o sea, la falta de habilidad en el arte de llevar adelante una acción de guerra, porque una acción de guerra puede perderse porque el enemigo haya tenido mayor habilidad y, por consiguiente, la habilidad del militar argentino haya sido inferior, es decir, que le haya faltado "pericia" en comparación con el enemigo. En este caso, bien puede ser que no haya incurrido en delito alguno el militar argentino, puesto que no se le puede pedir que sea siempre más hábil que el enemigo, al menos desde la perspectiva del derecho penal militar.

"Impericia", en el sentido jurídico-penal militar, implica no haber obrado con la habilidad que tiene en el arte de la guerra o que debe tener, conforme a su jerarquía militar, es decir, haber incurrido en errores en cuanto a la conducción de la operación, que constituyan verdaderos errores a las reglas del arte de la guerra, que con la diligencia debida podían ser evitados por un militar de su jerarquía. La precipitación, la falta de reflexión, la impulsividad sin sentido crítico, la carencia de valoración de las circunstancias conforme a la experien-

cia y al conocimiento técnico, todo eso es lo que configura la "impericia" y no la mera falta de experiencia o de conocimientos que bien puede ser de tal naturaleza que no corresponda que el sujeto los posea, como es el caso en que se halle ante un arma que desconoce, resultando comprensible que no sepa cómo enfrentarla.

Por otra parte, en este sentido, como es bien sabido que en el arte de la guerra, como en cualquier otro siempre hay corrientes científicas o técnicas dispares, es menester también evitar el error de caer en el juzgamiento o en la condena de una escuela o corriente de pensamiento. Al condenar al militar que pierde una acción de guerra, no puede condenarse una técnica que es válida dentro del arte de la guerra, por la simple circunstancia de que no se la comparte, puesto que los jueces militares no juzgan técnicas militares, sino, precisamente, la falta de criterio técnico, que no es lo mismo. El militar que pierde la acción de guerra no incurre en culpa por impericia si aplicó una técnica que es válida dentro de los conceptos vivientes del arte de la guerra, pese a que personalmente otro hubiese sido el criterio del juez en el caso concreto, por ser partidario de otra técnica o de otra táctica. Científicamente dicho, el militar no debe haber incurrido en la violación del deber de cuidado consistente en no adecuar su conducta conforme a los conocimientos técnicos que por su formación o capacitación debe poseer y que le permiten prever las consecuencias de su conducta.

En el caso del art. 779, C.J.M., la cuestión es parcialmente diferente, porque la impericia es lo que debe haber determinado que el militar encargado de la obra se aparte de los planos, que se supone que están correctamente confeccionados, es decir que quien confeccionó el plano no haya incurrido en el

delito del art. 738, C.J.M., para lo cual se supone que el militar a quien se encomienda la ejecución de la obra está suficientemente capacitado para interpretar y ejecutar. Por ende, la violación del deber de cuidado consistirá en no haber aplicado su experiencia técnica a la ejecución. En caso de encargarse la ejecución de la obra a un militar que por su calidad no está calificado para ejecutarla, eventualmente, en caso que con ello se perjudiquen operaciones de guerra, surgirá una tipicidad por culpa *in eligendo* (violación del deber de cuidado que impone encomendar la ejecución de las obras militares a quienes deben tener los conocimientos técnicos para ejecutarlas) para quien le impartió la orden de ejecución (art. 737), o, en general, será también éste el único responsable, en función de lo dispuesto por el art. 514, C.J.M.

En el supuesto de que quien confeccionó el plano hubiese incurrido en la tipicidad del art. 738, C.J.M., el ejecutor será o no responsable, según lo que resulte de la aplicación del principio de la confianza, ya mencionado.

§ 266. La *previsibilidad* del resultado del tipo culposo es una condición de la violación del deber de cuidado, que resulta un presupuesto necesario del mismo, pero en modo alguno puede reemplazar al deber de cuidado, que es componente típico fundamental de la culpa. Cuando no existe posibilidad alguna de prever el resultado, no puede haber violación del deber de cuidado y, por consiguiente, se tratará de una *ignorancia invencible* que suele llamarse *caso fortuito*. La *previsibilidad* condiciona el deber de cuidado: quien no puede prever no tiene a su cargo el deber de cuidado y no puede violarlo.

Quien no puede prever que al encender la luz pondrá en funcionamiento un mecanismo diabólico injertado en el interruptor para provocar una explosión, no ha violado ningún deber de cuidado, pero el que al abrir la puerta de un recinto percibe un fuerte olor a gas y pese a ello, opera el interruptor, viola un deber de cuidado, porque le era previsible que podía causar una explosión.

La previsibilidad debe establecerse conforme a la capacidad de previsión de cada individuo; sin que para ello pueda acudirse a ningún “término medio” o “criterio de normalidad”. Un técnico en electricidad puede prever con mayor precisión que un leigo el riesgo que implica un cable suelto, y quien tiene un dispositivo en su automotor que le permite prever accidentes que sin ese dispositivo serían imprevisibles, tiene un mayor deber de cuidado que quienes carecen de ese dispositivo, aunque el 999 por mil de esos vehículos no lo posea.

§ 267. De cualquier manera, la violación del deber de cuidado, requisito indispensable de la tipicidad culposa, y la causación del resultado no son elementos suficientes para configurar la tipicidad culposa, porque es necesario que haya una *relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y la producción del resultado*.

Así, si el oficial encargado de la derrota se comporta de manera negligente y hace que el buque pierda su rumbo, dado que su error vencible hace incurrir al capitán en un error invencible, y el buque sufre serias averías o se pierde, porque termina estrellándose contra un témpano, su conducta será violatoria del deber de cuidado y la marcha del buque por otro rumbo será causal del naufragio. No obstante, si se

hubiese producido un violento temporal que, aunque el buque hubiese conservado su rumbo también lo hubiese desviado y lo hubiese conducido contra un témpano y provocado el naufragio, resultará de toda evidencia que la violación del deber de cuidado no fue la determinante del resultado, que de toda forma igualmente se hubiese producido.

La relación de determinación no es, en modo alguno, una relación de causalidad. Causalidad hay cuando la conducta de hacer perder el rumbo causa el naufragio, haya o no violación del deber de cuidado. Lo que aquí se requiere es que en una conducta que haya causado el resultado y que sea violatoria de un deber de cuidado, el resultado venga determinado por la violación del deber de cuidado.

Para establecer esta relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y la producción del resultado, debe acudirse a una hipótesis mental: debemos imaginar la conducta cuidadosa en el caso concreto, y si el resultado no hubiese sobrevenido, habrá una relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado; por el contrario, si aun en el caso en que la conducta hubiese sido cuidadosa, el resultado se hubiese producido, no existirá relación de determinación entre la violación del cuidado debido y el resultado.

§ 268. Se llama *culpa con representación o culpa consciente* a aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado, aunque la ha rechazado en la confianza de que llegó el momento, lo evitará o no acontecerá. Este es el límite de la culpa con el dolo eventual. Aquí hay un *conocimiento efectivo* del peligro que corren los bienes jurídicos, que no debe confundirse con la aceptación de la posibilidad de producción del resul-

tado, que es cuestión que hace a lo conativo y no a lo cognoscitivo, y que caracteriza al dolo eventual. En la culpa con representación lo único que se conoce efectivamente es el peligro.

En la *culpa inconsciente o culpa sin representación* no hay un conocimiento efectivo del peligro que con la conducta se introduce para los bienes jurídicos, porque se trata del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representarse la posibilidad de producción del resultado y, sin embargo, no lo ha hecho. En estos acontecimientos sólo hay un conocimiento "potencial" del peligro de los bienes jurídicos ajenos.

La tipicidad culposa se satisface con un conocimiento "potencial" del peligro de los bienes jurídicos, sin que requiera el conocimiento efectivo de dicho peligro, es decir, que la tipicidad culposa se contenta con la forma inconsciente, sin que sea menester la culpa consciente o con representación. La culpa con representación —el conocimiento efectivo del peligro que introduce la conducta— es una forma de culpa y de conocimiento eventual, pero en modo alguno necesario para la configuración de la tipicidad culposa.

IV. EL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN SINE CULPA" Y LA RESPONSABILIDAD POR EL RESULTADO.

§ 269. Hemos visto que el derecho penal militar no admite la responsabilidad objetiva en la pretendida forma o extremo en que llegó a sostenerse la posibilidad de un delito militar sin conducta. De igual modo, tampoco admite que haya un delito militar si su tipicidad no asume la forma dolosa o culposa. Dicho de otra manera: ningún resultado es requisito típico si,

al menos, no ha sido causado culposamente. Esto implica que *tampoco tolera la responsabilidad objetiva por la mera causación del resultado*. De donde se desprende que también en el derecho penal militar rige plenamente el principio, *nullum crimen sine culpa*.

La imputación de la producción de un resultado, fundada en la causación del mismo, se llama responsabilidad objetiva. La "responsabilidad objetiva", lesionó el principio de que no hay delito sin culpa, es decir, que se trataría de una tercera forma de tipicidad, que consistiría en que una conducta resultaría prohibida sólo porque ha causado un resultado, sin exigirse que esa causación haya tenido lugar dolosa o culposamente.

No sólo hay responsabilidad objetiva cuando se pena una conducta sólo porque ha causado un resultado, sino también cuando se agrava la pena por la misma razón. Ambos casos implican, pues, violaciones al principio *nullum crimen sine culpa*.

Estas formas de responsabilidad objetiva están casi erradicadas en el derecho penal contemporáneo, sobreviviendo en el derecho anglosajón, donde se las llama *Strict Liability* y es criticada por casi toda la doctrina de esos países. En nuestra legislación penal creemos que no hay ningún caso de responsabilidad objetiva, aunque no es la opinión unánime de nuestra doctrina.

§ 270. Los llamados "delitos calificados por el resultado" no son ninguna excepción al principio de que no hay delito si al menos no es culposo o de que ningún resultado puede imputarse al autor si al menos no lo ha causado culposamente. La pretensión contraria, es decir, el principio contrario al *nullum crimen sine culpa*, es el principio del *versari in re illicita*, se-

gún el cual basta con que un sujeto haya querido una conducta para que pueda responsabilizársele por todos los resultados de la misma, aun cuando le fuesen imprevisibles. La pretensión de fundar o de agravar la responsabilidad sólo por la causación de un resultado es una forma del *versari in re ilícita*. Sin embargo, la calificación por la causación de un resultado no es un supuesto del *versari in re ilícita* cuando ese resultado le era previsible al sujeto, puesto que en ese caso la responsabilidad surge a título de culpa, la que no sólo puede aparecer en forma aislada en los tipos culposos, sino también como parte de una *figura compleja*; en la cual se tipifique una conducta dolosa que, simultáneamente, sea una conducta culposa. El caso más claro de tales figuras complejas —que en definitiva son supuestos de soluciones particulares a concursos ideales— son los *delitos preterintencionales*.

Para los casos de maltrato de obra a un superior (arts. 657 y 658, C.J.M.), que son delitos dolosos, el art. 661, C.J.M., dispone que cuando el autor “hubiera empleado un medio que no debía razonablemente ocasionar la muerte del ofendido”, la pena se atenúa. Es un claro caso en el cual el maltrato de obra doloso configura también una tipicidad culposa de homicidio, distinto a los casos de maltrato de obra con muerte del superior de los arts. 657 y 658, C.J.M., que son delitos en los que el homicidio del superior es doloso (con dolo directo o eventual).

§ 271. Para corroborar la afirmación de que en nuestro derecho penal militar no se consagra el principio del *versari in re ilícita*, es necesario pasar revista a los principales delitos que se han dado denominar “calificados por el resultado” y a los casos que mayores discusiones o dudas han generado o pueden generar a este respecto.

a) En los casos en que un militar tomare las armas contra la Nación o se uniese a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro (art. 103, Cónst. nac.), está penado más gravemente por el C.J.M. (art. 621) cuando la conducta “haya puesto en peligro la independencia o integridad de la República o causado daño grave e irreparable a sus fuerzas militares” o cuando hubiera “impedido que una operación de guerra produzca los resultados que debía producir”, lo que no configura más que casos de dolo directo o eventual, puesto que del enunciado no taxativo, pero sí ejemplificativo del art. 622, C.J.M., se deduce que cualquiera de esos actos puede claramente provocar alguno de los dos resultados mencionados, sin que el autor pueda dejar de preverlos y, al menos, aceptarlos como posibilidad. El delito de traición constitucional es un delito de los llamados “de mera conducta”, es decir, en que basta con realizar la conducta, cualquiera sea el resultado, pero que resulta particularmente calificado cuando tiene esos resultados (por dolo directo o eventual) en el C.J.M., lo que en nada se vincula con el principio de culpabilidad, porque no pasa de ser la tipificación de un delito doloso de resultado material determinado (en el caso del inc. 2 del art. 621) y de un delito doloso cuyo resultado causa un peligro efectivo a la existencia de la República o una lesión a sus fuerzas armadas.

b) El art. 626, C.J.M., tampoco pasa de ser otro supuesto de delito doloso, puesto que se pena la instigación a una potencia extranjera (conducta dolosa tendiente a lograr la declaración o acción de guerra por parte de ésta) al mero nivel de tentativa de instigación, es decir, que pena el mero acto de instigar, agravando la pena cuando la instigación se consuma, lo que no puede ser otra cosa que un resultado dolosamente obtenido.

c) Idéntico supuesto se da en la primera parte del art. 627 del C.J.M., que tipifica la instigación a actos hostiles por parte de una potencia extranjera, que pena la mera instigación, es decir, la mera realización de la conducta tendiente a producir esos actos, agravando la pena cuando la finalidad de la misma es alcanzada. La segunda hipótesis calificante del mencionado dispositivo legal, que se da "si a consecuencia de ellos sobreviniere la guerra o se produjeren estragos, devastación o muerte de personas", es un supuesto claro de resultado que debe ser abarcado por dolo eventual o por culpa, puesto que resulta evidente que el sujeto tuvo, al menos, la posibilidad de representarse tal consecuencia.

d) El art. 638, C.J.M., reprime la conducta del militar con mando que sin necesidad practique actos hostiles no ordenados ni autorizados "si por efecto de aquellos actos se ha declarado la guerra, o se ha producido incendio, devastación o muerte de alguna persona, o se ha causado perjuicio a las operaciones de guerra, o puesto en peligro las fuerzas de la Nación". Estimamos claro que también aquí se trata de resultados que quedan abarcados por dolo eventual o por culpa con o sin representación. El art. 639 es un caso de menos gravedad, pero de la misma naturaleza que el anterior, pues se trata del militar con mando que realice otros actos no autorizados, que dado el título del capítulo IV deben tener también carácter hostil en el orden internacional, calificándose la conducta cuando como consecuencia de dichos actos sufran represalias personas que se hallan bajo protección de las leyes argentinas. Es en este caso una calificación que también responde a un resultado previsto y aceptado como posibilidad (dolo eventual) o previsible (culpa inconsciente) o previsto y rechazado como posibilidad (culpa consciente), teniendo la particularidad de

que el resultado calificante —al igual que la conducta que lo genera— pueden tener lugar en territorio extranjero, o bien que el primero puede tener lugar en territorio nacional y el segundo en territorio extranjero, sin necesidad de que las personas se hallen físicamente en el lugar de producción del resultado, porque las represalias pueden ser de carácter patrimonial.

e) En los arts. 657 y 658, C.J.M., no cabe duda que las lesiones o la muerte del superior como consecuencia del maltrato de obra deben haberse producido dolosamente (con dolo directo o eventual), porque de lo contrario no tiene sentido que el art. 661 prevea el caso de preterintención, que quedaría ya abarcado por estos dos tipos.

f) La desobediencia que tenga por resultado una perturbación del servicio frente al enemigo (art. 676), o de que se malogue una operación de guerra, de la pérdida o derrota de fuerzas de las instituciones armadas, de la entrega de una plaza fuerte, de la aprehensión o destrucción (en tiempo de guerra) de un convoy de heridos, armas, municiones, víveres y demás pertrechos de guerra (art. 677), son todos casos de preterintención, es decir, de resultados calificantes que deben haber sido producidos culposamente (con culpa consciente o inconsciente), o sea que, en estos casos, media una figura compleja que resuelve expresamente el concurso ideal de la desobediencia dolosa que al mismo tiempo es conducta culposa causante de alguno de esos resultados. Descartamos en estos casos la posibilidad de dolo eventual, puesto que, de serlo, serían actos de traición contra la Nación (arts. 103, C.N., y 621, C.J.M.).

g) El art. 686, C.J.M., presenta distintas hipótesis de calificación por el resultado que deben ser analizadas por separado, porque no todas tienen idéntica solución. 'Cuando el motín occasionare derramamien-

to de sangre" (inc. 1), es una hipótesis en que el resultado calificante puede tener lugar como consecuencia dolosa o culposa de la conducta de amotinarse; "cuando hiciere peligrar la existencia de una fuerza militar" (inc. 3), también es un supuesto que puede ser abarcado por el dolo de los autores o causado por culpa de los mismos; "cuando comprometiere gravemente una operación de guerra" (inc. 3, segunda hipótesis), sólo puede ser un resultado alcanzado culposamente, porque en caso de tratarse de un resultado abarcado por el dolo de los autores, en caso de ser el enemigo un rebelde, se trataría de una rebelión y, en caso de ser un enemigo extranjero, de una traición contra la Nación.

h) El art. 691 del C.J.M. tiene una terminología muy defectuosa, que puede hacer tambalear cualquier interpretación racional que se intente del mismo. En efecto: "los promotores, iniciadores o directores del motín, serán considerados coautores de cualquier delito que con motivo o en ocasión del motín, cometiere alguno de los participes, a menos que hicieren cuanto estaba a su alcance para evitarlo".

Lo que esta disposición quiere significar es que los jefes del motín serán penados como autores de los delitos que cometan los amotinados con motivo u ocasión del mismo, si los han consentido, es decir, si no se han opuesto a ellos con cuanto pudieran hacerlo para evitarlos. Se pena la omisión de impedir delitos de los amotinados con las penas correspondientes a esos delitos, puesto que la conducta anterior de amotinarse les pone en posición de garantes respecto de los bienes jurídicos que colocan en peligro con el motín que encabezan, y por ende, les obliga a impedir los delitos que se intenten por parte de los amotinados, sólo en la medida en que ello sea posible (puesto que no cabe concebir una omisión de lo imposible).

No se trata de un caso de responsabilidad sin culpa, sino, por el contrario, de comisiones por omisión dolosa. En otras palabras, son omisiones dolosas que los hacen partícipes de delitos activos dolosos, porque no responsabiliza la ley a los cabecillas por todos los delitos cometidos por los amotinados, sino en tanto no hicieren "cuanto estaba a su alcance para evitarlo", que es donde se halla la clave interpretativa del artículo que comentamos.

i) El inc. 1 del art. 733 califica la conducta del militar que cumpliendo alguna de las funciones señaladas en el art. 731 (centinela, salvaguardia, vigía, escucha u operador de telecomunicaciones o telelocalizador), no cumpliera su consigna o se dejare relevar por otro "que no sea su cabó" frente al enemigo, y de ello resultare "daño de consideración al servicio". Cabe entender que este tipo calificado es también un caso de preterintencionalidad y, de modo alguno, un caso de resultado abarcado por el dolo, porque el daño considerable al servicio frente al enemigo, causado en forma dolosa, es una forma de favorecer al enemigo rebelde o extranjero, por lo que debe entenderse que se trata de un resultado atribuible a culpa.

j) Igual solución corresponde al caso de violación de consigna previsto en el segundo párrafo del art. 735, calificado cuando con ello "se hubiere realmente comprometido la seguridad o se hubiese impedido una operación militar"; si este resultado fuese alcanzado dolosamente, otra sería la tipicidad (rebelión o traición), de modo que sólo puede tratarse de una figura compleja preterintencional.

k) También preterintencional es la figura compleja del segundo párrafo del art. 747, C.J.M.: "Si como consecuencia de la falta de auxilio, en tiempo de guerra, se hubiese perdido o hubiere sido derrotada la fuerza que lo solicitó, se aplicará pena de muerte o

reclusión por tiempo indeterminado". En este supuesto, la omisión es dolosa, pero el resultado calificante responde a culpa, puesto que de lo contrario también caeríamos en un delito diferente.

I) Los casos de los arts. 772 y 773, C.J.M., incluyen también figuras complejas, es decir, preterintencionales, puesto que la omisión de entrega o apertura de despacho del art. 773 y la revelación de secreto del art. 772 son dolosas, pero los peligros o daños más graves que de ello puedan derivarse, si se provocaren dolosamente, seguramente darían lugar a otras tipicidades, sin perjuicio de que eventualmente —lo que demandaría un más profundo estudio dogmático de estos tipos— si uno de esos resultados causado dolosamente fuese atípico, incluirían estas tipicidades también en su producción.

II) La calificación por el resultado del art. 788, particularmente en su inc. 1, sólo puede ser por efecto de una producción culposa del resultado, puesto que de lo contrario se trataría de tipicidades más graves, que el abandono de elementos militares por parte del encargado de su escolta, para que sean apresados o destruidos por el enemigo o a costa de que ello suceda, excede obviamente la mera tipicidad de la conducta de abandonar al escoltado.

m) La omisión de auxilio del art. 798 resulta calificada por el resultado siendo indiferente que éste sea producido por dolo o culpa, puesto que en caso de producirse el resultado calificante se prevé el máximo de pena.

n) El tipo del art. 828 prevé un homicidio preterintencional y las consecuencias agravantes previstas en el art. 829 son de carácter doloso (directo o eventual).

Esta brevísima mención de los casos particulares de algunos de los llamados "delitos calificados por el resultado", nos reafirma en nuestra convicción de que en nuestro derecho penal militar no tiene cabida ninguna forma de responsabilidad objetiva. Sea esto dicho sin perjuicio de consignar que el *versari in re illicita* es inconstitucional, puesto que, imponiendo el principio republicano de gobierno (art. 1, C.N.), la racionalidad de las leyes, contraviene abiertamente a la razón cualquier pena que pretenda imponerse a un sujeto por un resultado de su conducta que no le sea, al menos, previsible en el momento de realizarla.

V. LOS EFECTOS PENALES MILITARES DE LA TIPICIDAD CULPOSA.

§ 272. El derecho penal ha ido sufriendo un proceso de "espiritualización" por el cual cada vez se fue dando mayor ingobernabilidad a los componentes subjetivos o internos del sujeto, en consonancia con su acercamiento al concepto de arsenal normativo posibilitante de una ética social que permita la coexistencia. Como consecuencia de este proceso, a lo largo de la historia cedieron y desaparecieron todas las formas de responsabilidad objetiva en los países civilizados. A esta regla no se sustrajo tampoco el derecho penal militar.

§ 273. Sin embargo, es una doctrina aún fuerte la corriente que cree descubrir en el ámbito penal militar formas o reminiscencias de responsabilidad objetiva. Se trata de una corriente que tiene su fundamento en una defectuosa comprensión del fenómeno de la culpa en el delito militar. *La culpa, en el delito militar, no difiere estructuralmente de la culpa en el delito*

to común, pese a la cual, hay una diferencia, que no es en modo alguno estructural, sino *cuantitativa*, y que debe destacarse en toda su magnitud, precisamente por configurar una característica particularizante de algunos de estos delitos especiales: *no siempre el injusto culposo es de menos gravedad que el doloso*.

Al mencionar algunos de los casos que generaron dudas acerca de la vigencia de que no hay delito sin culpa en el orden penal militar, hemos visto, por ejemplo, que la instigación a una potencia extranjera a realizar actos hostiles contra la Nación, se califica si resulta la guerra, devastación o muerte (art. 627, C.J.M.), sin que interese si esto tiene lugar como dolo eventual o como culpa consciente o inconsciente, al igual que en el caso de los actos hostiles no necesarios verificados por un militar con mando (art. 638, C.J.M.), o en los mismos actos hostiles que hubiesen causado represalias contra personas protegidas por la ley argentina (art. 639, C.J.M.). De igual modo, igual es la pena del motín con derramamiento de sangre, sea que éste tenga lugar por dolo o por culpa (art. 686, inc. 1), como también cuando la consecuencia del motín sea la puesta en peligro de una fuerza armada. También vimos que en los casos en que las consecuencias agravantes de los tipos de los arts. 772 y 773, dolosamente producidas, no configuren otro delito más grave, quedan equiparadas en sus consecuencias a su producción dolosa.

En el art. 839, C.J.M., aparecen expresamente equiparados los injustos dolosos y culposos en la letra misma de la ley: "El militar, a quien corresponda proveer a las tropas de los elementos de guerra y abastecimientos necesarios, y que *intencionalmente o por negligencia, no lo hiciere, o lo hiciere pasada la oportunidad en que debió hacerlo*".

Estas eventuales equiparaciones de la ley penal militar, en la que aparecen injustos culposos con igual o pareja magnitud que los dolosos, no tienen lugar en el derecho penal común, en el cual, invariablemente, la comisión típicamente dolosa es más grave que la producción del mismo resultado por una conducta violatoria del deber de cuidado (culposa). La pareja cuantificación de ambos injustos, que eventualmente tiene lugar en el derecho penal militar, puede parecer desconcertante para el penalista habituado a la teoría del delito del derecho penal común y es explicable que haya llevado a algunos a pensar que eran consagraciones del *versari in re illicita*.

§ 274. En modo alguno se trata de una forma de responsabilidad objetiva. Debemos tener en cuenta que el delito militar es un delito especial, que sólo puede tener como autor a un militar, al que compete funciones cuyo cumplimiento negligente puede acarrear resultados catastróficos, es decir, que la negligencia del militar puede tener consecuencias mucho más graves que la conducta culposa fuera del ámbito castrense. Precisamente, como consecuencia de la tipificación, cada día se hace más insistente la corriente político-críminal que procura una consideración más grave del injusto culposo o al menos de algunos de ellos en el derecho penal común. Siendo el derecho penal militar una rama especial del derecho penal común, cuya especialidad emerge de la necesidad tremenda que la fundamenta, resulta por demás explicable que cuando las consecuencias de la conducta culposa alcancen el límite de lo trágicamente masivo y trascendente a toda la comunidad, la negligencia —proveniente siempre de quien tiene a su cargo deberes muy especiales—, tenga como consecuencia jurídica el mismo grado de injusto que la conducta dolosa.

El legislador puede desvalorar con la misma intensidad la acción de quien quiere el resultado (como fin en forma directa o incorporado a su fin en forma eventual) que la de quien lo causa por una negligencia, particularmente cuando la conducta negligente concurre idealmente con una tipicidad dolosa que fue la generadora del peligro que se concretó en el resultado. Si bien en el derecho penal común no se producen fenómenos de equiparación tan marcados, tampoco podemos olvidar que los delitos preterintencionales son formas de resolver estos concursos ideales que se apartan de la regla del art. 54, C.P., pero siempre en forma tal que sus consecuencias son mucho más graves que las que surgirían de la aplicación de esa regla. El más manifiesto de esos supuestos en el orden penal común, en el que incluso se alcanza la equiparación, tiene lugar en los arts. 165 y 166, primer párrafo, del C.P.

No obstante, insistimos en que la desvaloración equivalente no configura ningún desconocimiento de la estructura óntica de la conducta ni del principio *nullum crimen sine culpa*, como tampoco es contraria a la razón, dentro de los límites legales en que opera. Se trata de una magnitud de desvalor, que en nada es objetable, en la medida en que sea susceptible de una explicación racional.

VI. EL "CRIMEN CULPAE" DE GUERRA DEL ART. 737, C.J.M.

§ 275. En general, el C.J.M. sigue el mismo criterio tipificador respecto de la culpa que el C.P., es decir, el de los *crimina culposa*, consistente en tipifi-

car especialmente los delitos culposos, por oposición al sistema que en la legislación comparada se conoce como del *crimen culpae*, que hace un único tipo de culpa.

No obstante, hay una excepción particular en el C.J.M., acerca de la cual es necesario reparar y explicar cómo opera dentro del sistema general del cuerpo legal. En efecto: si bien el C.J.M. tipifica los *crimina culposa*, para la guerra se elabora un tipo de *crimen culpae* que opera *residualmente*, es decir, cuando la conducta culposa no está abarcada por ninguna de las tipicidades culposas especiales del C.J.M. Tal es lo que sucede en el art. 737, C.J.M.: "Será reprimido con prisión mayor, el militar que por negligencia u omisión en el cumplimiento de sus deberes, cause perjuicios o trastornos graves en las operaciones de guerra".

Según el art. 508, el delito militar es siempre una "violación de los deberes militares" que cuando tiene lugar en forma culposa está tipificada por el art. 737 siempre que produzca el resultado allí previsto (perjuicios o trastornos graves en las operaciones de guerra), lo que presupone: a) que la culpa no se halle en tal caso contemplada en otro tipo porque eso desplazaría la tipicidad del art. 737 por oponerse un *concurso aparente de tipos* en función del *principio de especialidad* (la ley especial deroga la general), y b) que el resultado tenga lugar en tiempo de guerra, porque, de no ser así, no se concibe que haya "operaciones de guerra". Este segundo requisito es fundamental, porque para que se produzca la tipicidad penal militar es necesario que haya guerra y que en *tiempo de guerra* (art. 882, C.J.M.) se produzca el resultado, *aunque la conducta culposa haya tenido lugar antes de ese tiempo*.

VII. LA EMBRIAGUEZ Y LA TIPICIDAD PENAL MILITAR.

§. 276. La solución para los casos de embriaguez en el derecho penal común ha sido materia de duras y largas discusiones, en las cuales se separó largos años nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. En la actualidad, la mayor corriente doctrinaria y jurisprudencial coincide sosteniendo la tesis de la llamada *actio libera in causa*. No nos ocuparemos de la solución del problema del ebrio que delinque en el derecho penal común, sino únicamente de su encuadre en el caso del delito militar.

El codificador de 1951 entendió que el art. 510 del Código Bustillo era "demasiado rígido" ("La embriaguez no es causa de exención ni de atenuación de pena en los delitos de jurisdicción militar"), por lo cual redujo el criterio de que la embriaguez no excusa ni atenúa los delitos de jurisdicción militar, pero sólo *"para los militares"* (art. 517). El codificador consideró que "en esa forma, al par que se respetan los intereses de la disciplina, se coloca a los militares en igualdad de situación con el resto de los ciudadanos, en todo lo que no tenga vinculación con aquélla y no se altera la situación de los civiles que deban ser sometidos a la jurisdicción militar en los pocos casos que el anteproyecto enumera, para tiempo de paz". Una parte de los delitos de jurisdicción militar, cometidos por militares son, naturalmente, los delitos militares, a cuyo respecto rige, por ende, el art. 517, C.J.M.

§ 277. En principio, la conducta de embriagarse o de usar estupefacientes, presentándose en estado de

intoxicación aguda al servicio de guardia o alcanzando tal estado durante la realización de cualquier acto de servicio con armas, constituye un tipo final militar autónomo, previsto en el art. 768, C.J.M., considerado como delito que afecta el "honor militar". El art. 768, pues, tipifica la conducta de embriagarse con alcohol o estupefacientes, por considerarla incompatible con la conducta de vida militar, pero no puede afirmarse que la misma sea una conducta cuya prohibición tenga un sentido análogo por completo al que fundamenta la tipicidad de los arts. 765 y 766, puesto que en el art. 768 se tipifica la embriaguez que afecta la prestación del servicio. En el viejo C.J.M. español era una falta tanto la embriaguez en servicio como fuera del mismo (arts. 335 y 336), en tanto que el antiguo Código Penal de la Marina de Guerra español recién separaba al oficial del servicio a la cuarta falta de embriaguez (art. 240) y el Código Bustillo lo consideraba falta (art. 661) y preveía su destitución en caso de reincidencia. Su elevación a delito tiene lugar en el vigente Código y con la aclaración —también existente en el de Bustillo— de que debe presentarse o hallarse en tal estado en cualquier servicio *con armas*, lo que pone de manifiesto que el delito de embriaguez del art. 768, C.J.M. tutela un bien jurídico complejo: es un delito contra el honor militar, pero también un delito de peligro, puesto que no se trata de *acto de servicio de armas* (definido por el art. 879) y menos aún cualquier *acto de servicio* (conceptuado por el art. 878, C.J.M.), sino de servicio con armas, lo que necesariamente genera un peligro para otros bienes jurídicos, criterio que se confirma con la calificación del segundo párrafo, que tiene lugar cuando la embriaguez del militar armado es más peligrosa, por tratarse del jefe de puesto o de guardia.

Mucho más clara resulta la tipificación de la embriaguez alcohólica o por estupefacientes, como delito de peligro, cuando la función específica del militar hace que tal conducta genere un peligro para la seguridad o la defensa, como en el caso de los militares señalados en el art. 731, cuya embriaguez tipifica el art. 732, C.J.M.

§ 278. Sin embargo, los delitos de embriaguez del C.J.M., es decir, los de los arts. 732 y 768, son delitos que requieren sólo voluntad final de ingerir el tóxico, aunque pueden ser culposos en cuanto a la producción del resultado intoxicante, lo que indica claramente que *son tipos en los que la culpa y el dolo están equiparados*: es indiferente que el sujeto haya bebido imprudentemente y sin proponérselo haya llegado a la embriaguez, o que lo haya hecho para embriagarse con el objeto de olvidar "penas de amores".

§ 279. Por supuesto que no cometerá estos delitos, porque faltaría la voluntad de ingerir el tóxico, cuando la embriaguez es accidental: el sujeto cree que ingiere una bebida que no es tóxica, se embriaga con vapores de alcohol sin percatarse de ello, etc. Se configurará, por el contrario, la tipicidad de cualquiera de ambos, cuando el sujeto sea un toxicofrénico o alcoholíco crónico, aunque no habrá delito por falta de imputabilidad (culpabilidad), desde que la dependencia física o psíquica del tóxico le impide abstenerse del mismo.

§ 280. El inc. 10 del art. 519, prevé como agravante "hacer uso de estupefacientes o haberse embriagado deliberadamente para la comisión del delito".

Este dispositivo contiene dos supuestos que es menester diferenciar: a) Si el sujeto ingiere estupefacientes sin llegar a la inimputabilidad, para cometer el delito, como puede ser una ingesta moderada de anfetamina, en tal caso no surge ningún problema dogmático particular. Se agrava la conducta porque el sujeto recurre a un medio extraordinario que le permite delinquir con mayor precisión o seguridad. b) Si el sujeto se embriaga, es decir, si llega a un estado de inimputabilidad por alcohol o por estupefacientes, el injusto es mayor porque la conducta compromete al honor militar también, al tiempo que, eventualmente, dada la grave perturbación de la conciencia que se provoca deliberadamente, bien puede causar un daño más grave que el que se propuso.

§ 281. El problema más serio que plantea la embriaguez en el C.J.M., sin embargo, es el del ya referido art. 517. ¿Qué significa que no es causa de exención ni de atenuación de pena? ¿Qué alcance tiene esta disposición?

Ante todo, es obvio que se está refiriendo a la embriaguez completa, es decir, a la que da lugar a una perturbación grave de la conciencia que encuadra en el inc. 1 del art. 34, C.P. En segundo lugar, es obvio que el art. 517 quiere que no se atenue ni exima de pena al militar que quiso beber o intoxicarse, y no al que protagonizó un caso de embriaguez accidental (el que no supo que se intoxicaba, porque desconocía lo que ingería). Por otra parte, tampoco puede concebirse que con este dispositivo se quiera desconocer la relevancia eximente de la toxicofrenia o alcoholismo crónico, es decir, el caso del que debe beber en función de su patología, que le resta toda autonomía a su

voluntad. Así entendido, el precepto significa que no se exime ni atenúa la pena del militar que queriendo beber llegó a la intoxicación aguda por el alcohol o la del militar que bebió para llegar a tal intoxicación aguda, siempre que haya conocido la naturaleza de lo que bebia y que haya podido abstenerse de beber.

En tales condiciones, la ingestión alcohólica, *por sí misma*, y aunque no caiga dentro de los tipos de los arts. 732 y 768, C.J.M., configura una conducta culposa, puesto que constituye una imprudencia colocarse en un estado de grave perturbación de la conciencia. *La comisión de cualquier delito en tal estado, dará lugar a una tipicidad culposa por regla general*: la ingestión voluntaria, imprudente o para embriagarse, quebranta un deber de cuidado, siendo previsible que en un estado de grave perturbación de la conciencia se puede cometer un injusto, de modo que el resultado delictivo viene determinado por la violación del deber de cuidado y causado por la ingestión tóxica. Sólo excepcionalmente no habrá culpa, por imprevisibilidad del resultado, la que elimina la violación del deber de cuidado (el sometimiento a un experimento con control médico, por ejemplo).

En estos casos, tanto en el derecho penal ordinario como en el derecho penal militar, la solución consiste en encuadrar el caso dentro de la tipicidad culposa, lo que no afecta para nada la regla del art. 517, puesto que éste se limita a decir qué no exime ni atenúa la pena, lo cual queda en pie: el delito culposo tiene pena y la embriaguez no sólo no exime al militar de la pena del delito culposo, sino que se fundamenta en ella su punición. Tampoco atenúa la pena, porque la tipicidad culposa no es una tipicidad dolosa.

sa atenuada, ni la culpa es una atenuante de la pena del delito doloso, sino que es otra forma delictiva independiente...

§ 282. Pretender que el art. 517 del C.J.M. ignora la embriaguez importaría consecuencias inadmisibles: a) o bien habría que afirmar que el C.J.M. pena a los inimputables como si no lo fuesen (ficción contraria a toda razón); b) o bien sostener que la mayor violación del deber de cuidado por parte de un militar sería la conducta de embriagarse y admitir que, sólo para los casos en que la violación del deber de cuidado haya consistido en ella, por medio de la fórmula general del art. 517, C.J.M., éste crearía, junto a cada tipo doloso, un simétrico tipo culposo cuyo contenido injusto sería equiparado al del tipo doloso respectivo.

Si se acepta la primera tesis, se cae en la incomprendible explicación de que no existió lo que existió, o bien, se excede totalmente el marco de la racionalidad jurídica y se consagra el *versari in re illicita*, sobre la ficción de que quien quiso beber también quiso cualquiera de los resultados que su conducta haya tenido, lo que contraviene, como hemos visto, el principio republicano de gobierno; si se acepta la segunda, pasa algo peor, porque teniendo en cuenta que la regla del art. 517, C.J.M., se extiende a cualquier delito de jurisdicción militar cometido por un militar, resultaría que los militares, a diferencia de los civiles, podrían incurrir en hurtos culposos, abusos deshonestos culposos, violaciones culposas, estafas culposas, robos culposos, etc., es decir, que el C.J.M. crearía con su art. 517 todas estas tipicidades culposas paralelas a las dolosas del C.P., lo que daría lugar a un "derecho penal común especial" para los militares, lo que no parece constitucional.

§ 283. No obsta a lo dicho que el art. 517 quede exceptuado en el art. 523, es decir, que siga rigiendo aun cuando se trate de delitos comunes, porque ello no implica más que tener en cuenta que la embriaguez afecta el honor militar, y por ende, la salvedad del art. 523, C.J.M. no es más que una modificación o precisión que recae sobre el art. 41, C.P. para los casos en que en el derecho penal común pueda considerarse que la *embriaguez incompleta* del autor fuese una atenuante en la cuantificación de la pena.

§ 284. Si bien por regla general la embriaguez configura una violación al deber de cuidado que da lugar a tipicidad culposa, esto no tiene en el derecho penal militar las consecuencias catastróficas que puede pensarse de abandonar la tesis tradicional de la ficción de que la embriaguez no existió o la más alambicada de la creación de tipos culposos al infinito, incluso para el derecho penal común aplicado por tribunales militares, lo que obedece a que, aparte de los delitos de los arts. 732 y 768, C.J.M., éste contiene una gran cantidad de tipos culposos y frecuentemente equipara, tal como hemos visto, el contenido injusto del delito culposo con el del doloso.

Por otra parte, la circunstancia de que por regla general la embriaguez dé lugar a una tipicidad culposa, no significa que siempre la conducta de embriagarse causa una tipicidad culposa. Hay casos en que la embriaguez configura un acto doloso de tentativa, particularmente en las omisiones, cuando importa una incapacidad del sujeto para realizar la conducta debida. En estos casos, si el sujeto se embriaga para no poder realizar la conducta debida y por ello la omite, incurre en una omisión dolosa. Tal es el supuesto que da lugar a la ya mencionada agravación del inc. 10 del art. 519, C.J.M.

Así, suponiendo que la consigna general de que habla el art. 735, C.J.M., fuese la de disparar sobre cualquier sujeto que se mueva en cierta dirección, y que uno de los destinatarios de la misma para no cumplir dicha consigna se embriaga, lo que le impedirá su precisión de tiro y también le perturbará la observación de los movimientos que hubiera en esa dirección, estará cometiendo una violación dolosa de consigna general.

Capítulo XII

LOS TIPOS OMISIVOS

I. LA OMISIÓN COMO ESTRUCTURA TÍPICA.

§ 285. En tanto que los tipos activos individualizan la conducta prohibida mediante descripciones que completan con algunos elementos normativos, los tipos omisivos lo hacen describiendo la conducta debida y restando, por ende, prohibida cualquier otra conducta que difiera de la debida.

Acción y omisión son, en definitiva, dos técnicas diferentes para prohibir conductas humanas. Ambas surgen de dos formas de enunciar la norma que da origen al tipo: si bien todas las normas que dan origen al tipo son prohibitivas, en el sentido de que prohíben ciertas conductas, no es menos cierto que algunos pueden enunciarse prohibitivamente ("no matarás"), en tanto que otras se enuncian preceptivamente ("ayudarás"). En tanto que en el enunciado prohibitivo se prohíbe hacer la acción que se individualiza con el verbo (matar), en el enunciado preceptivo se prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la que individualiza el verbo (ayudar).

TIPO ACTIVO	TIPO OMISIVO
Describe la conducta prohibida.	Describe la conducta debida (está prohibida la que es diferente).
Se le antepone una norma enunciada prohibitivamente ("no matarás").	Se le antepone una norma enunciada preceptivamente ("ayudarás").

Cabe aclarar que desde un punto de vista lógico parecería que una norma que está enunciada prohibitivamente se puede trasformar sin problema en un enunciado preceptivo, pero en la realidad, quizá fundamentalmente por una limitación del lenguaje, los hechos no son así, y cuando un enunciado prohibitivo se hace preceptivo, cobra una amplitud que no tenía: no es lo mismo "no matarás" que "respetarás la vida de tu prójimo". Este segundo enunciado parece prohibir más que el primero.

§ 286. Antes de disponer del tipo no podemos hablar en absoluto de omisión, porque la omisión es siempre *omisión de lo debido*, y lo debido, es decir, lo que debe hacerse en el caso concreto para no incurrir en delito, es algo que no se sabe hasta no conocer la norma que lo establece, que, ya vimos, se reconoce a través de la ley. (del tipo).

En consecuencia, para nosotros hay sólo *acciones, como única forma de conducta anterior a cualquier referencia típica*. Cuando llegamos al nivel de análisis de la tipicidad, hallamos tipos que nos describen las conductas prohibidas y a las que permanece antepuesta una norma con enunciado prohibitivo, que llamamos tipos activos, y otros que nos describen la conducta debida y a los que permanece ante-

puesta una norma con enunciado preceptivo, que llamamos tipos omisivos.

Esta posición es conocida doctrinariamente con el nombre de "teoría del *"aliud agere"*" (del "otro hacer", del "hacer diferente"), porque precisamente lo que se pena es el hacer diferente del debido.

II. EL ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO OMISIVO.

§ 287. El tipo omisivo tiene un aspecto objetivo, y uno subjetivo, que presentan distintas características, puesto que es una estructura típica diferente del tipo activo doloso.

En el aspecto objetivo del tipo omisivo encontramos ante todo una *situación típica*, que es una situación en que la afectación del bien jurídico equivale a la de una estructura típica activa. En este sentido, *el tipo objetivo omisivo siempre es un tipo circunstanciado*.

En esa concreta situación típica debe darse también la exteriorización de una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida.

Además *el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible*, lo que se funda en el principio general del derecho que impide que éste ordene lo imposible. No hay conducta debida de auxiliar cuando no existe posibilidad de prestar auxilio.

§ 288. En el tipo omisivo no se requiere un nexo de causación entre la conducta prohibida (distinta de la debida) y el resultado, sino un *nexo de evitación*, es decir, la muy alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado. Este nexo de evita-

ción se establece por una hipótesis mental similar a la que empleamos para establecer el nexo de causalidad en la estructura típica activa: si imaginamos la conducta debida y con ello desaparece el resultado típico, habrá un nexo de evitación; en tanto que si imaginamos la conducta debida y el resultado típico permanece, no existirá un nexo de evitación.

III. OMISIONES PROPIAS E IMPROPIAS: LAS OMISIONES SON SIEMPRE IMPROPIAS EN EL C.J.M.

§ 289. En el ámbito del derecho penal común las omisiones pueden ser *propias* e *improperias*.

a) Se llaman *omisiones propias* o *tipos de omisión propia* a aquellas en que el autor puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica. El art. 108, C.P., es un tipo de omisión propia.

Estos tipos de omisión propia se caracterizan porque no tienen un tipo activo equivalente. Son excepcionales en el C.P.

b) Se llaman *omisiones impropias* o *tipos de omisión impropia* a aquellos en que el autor sólo puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo (*delicta propia*), que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo.

Los tipos de omisión impropia tienen un tipo activo equivalente y la posición en que debe hallarse el autor se denomina "*posición de garante*". Un tipo de omisión impropia es, por ejemplo, el del art. 176, inc. 2, del C.P., en que para el comerciante declarado en quiebra, la no justificación de la salida de bienes que debiera tener, equivale a la sustracción u ocultación de los bienes.

Tipos de omisión	propia	autor puede ser cualquiera (<i>delicta comunia</i>)	no tiene un tipo activo como equivalente.
	impropia	autor sólo puede ser el que se encuentra en posición de garante (<i>delicta propia</i>)	tiene un tipo activo equivalente.

§ 290. Los tipos de omisión impropia (también llamada comisión por omisión), dado que tienen como equivalente un tipo activo, se originan siempre como resultado de la conversión del enunciado de una norma prohibitiva ("no matarás") en una norma preceptiva ("respetarás la vida de tu prójimo").

La conversión de este enunciado es algo que no puede hacerse libremente, porque la norma enunciada prohibitivamente tiene un alcance mucho menor que el que surge de su enunciado preceptivo. El precepto que ordena respetar la vida del prójimo puede lesionarse de muchas maneras distintas de la causación física de la muerte de alguien: quien niega una limosna al hambriento puede estar lesionándolo. Se nos ocurre que negar una limosna al hambriento no puede ser una conducta equivalente a un homicidio, pero que bien puede ser equivalente a un homicidio la conducta de la madre, distinta, de alimentar a su niño. Estos dos ejemplos ponen en claro la necesidad de establecer alguna limitación a la prohibición tan amplia que surge del enunciado preceptivo de la norma.

La doctrina ha vacilado mucho a este respecto, hasta que se encontró que la limitación debía provenir del círculo de autores. *Sólo pueden ser autores de*

conductas típicas de omisión impropias quienes se hallan en posición de garante, es decir, en una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado.

Por posición de garante no debe entenderse cualquier cumplimiento de una obligación jurídica que hubiese evitado el resultado, sino un especial deber de garantía. El deudor que habiendo pagado su deuda hubiese evitado el suicidio de su acreedor, no comete una conducta típica de homicidio por omisión impropias, porque si bien tenía el deber jurídico de pagar, este deber jurídico no le creaba ninguna relación especial de garantía respecto de la vida de su acreedor.

§ 291. Todos los tipos omisivos del C.J.M. son tipos de omisión impropias, puesto que es obvio que sus autores son siempre militares que se hallan en posición de garante. Una rápida visión de los mismos nos muestra que, en ocasiones, la posición de garante proviene de la mera condición militar del autor, en tanto que en otras, la misma tiene su origen en determinada situación o jerarquía militar. Llamaremos a la primera, posición de garante simple, y a la segunda, posición de garante compleja.

Son tipos penales militares omisivos cuyo autor se encuentra en posición de garante simple, los legislados en las siguientes disposiciones del C.J.M.: arts. 622, inc. 5; 674; 676; 679; 692; 699; 708; 713, inc. 6; 747; 757; 798. En todos ellos basta que el autor sea militar.

Por el contrario, son tipos penales militares omisivos cuyo autor se halla en posición de garante compleja, los siguientes: a) omitir maliciosamente las noticias exactas referentes al enemigo por parte del militar que tenga el deber de trasmittirlas (art. 622, inc.

6); b) omitir impedir por todos los medios a su alcance que los partícipes del motín cometan delitos por parte de los militares que sean promotores, iniciadores o directores del motín, quienes con la promoción, iniciación o dirección del motín, conducta anterior, se colocaron en posición de garantes respecto de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados (art. 691); c) omitir los medios a su alcance para evitar una rebelión (art. 692) por parte de un militar con jerarquía oficial; d) omitir el pertinente aviso o no disparar el arma cuando corresponda por parte del militar que se halle en función de centinela o de vigilancia (art. 734); e) omitir tomar las medidas necesarias para impedir que los inferiores obren ofensivamente contra los del mismo u otro buque; fuerza aérea, cuerpo o destacamento por parte del militar que se desempeñe como comandante (art. 744); f) omitir las medidas necesarias para evitar el daño en caso de incendio, naufragio u otro siniestro, por parte del militar que sea jefe de unidad, fábrica, depósito o establecimiento o construcción militar (art. 755); g) omitir la entrega de un despacho escrito al destinatario u omitir intentar a toda costa su destrucción en caso de hallarse en peligro de ser sorprendido por el enemigo, por parte del militar al que se le hubiera encargado trasmítirlo (art. 773); h) omitir la entrega de un despacho al destinatario en tiempo de paz, por parte del militar a quien se le encargare trasmítirlo (art. 774); i) omitir llevar los pliegos sobre operaciones de guerra, por parte del militar al que se le confiaren, (art. 775); j) omitir sin autorización la permanencia en el buque o aeronave en el momento de un siniestro, por parte del militar que pertenezca a su tripulación (art. 782); k) omitir la defensa de un buque o aeronave por parte del militar encargado de su custodia (art. 787); l) omitir la provisión de los elementos de guerra y abastecimientos (art. 788).

tecimientos necesarios a las tropas, por parte del militar *encargado de hacerlo* (art. 839).

IV. LAS OMISIONES MILITARES IMPROPIAS NO ESCRITAS.

§ 292. En el derecho penal común el problema más serio que presentan las omisiones impropias es que la mayoría de ellas no se hallan escritas. Si se pretendiese que todos los tipos de omisión impropias se hallasen expresamente previstos en forma particularizada en cada caso por la ley, caeríamos en la cuenta de que la conducta de la madre que omite amamantar a su niño para que muera de hambre no sería autora de un homicidio calificado, sino de una omisión de auxilio (art. 108, C.P.). En el derecho penal militar nos hallaríamos con que la omisión de informar acerca de la presencia o avance del enemigo extranjero, como también la omisión de la defensa del puesto, destacamento, plaza o despacho confiados, con el fin de facilitarle su entrada y progreso en el territorio nacional, no sería una traición a la Nación (art. 622, inc. 2). Tampoco lo sería la falta de comunicación de la presencia enemiga a otra fuerza nacional o aliada cercana, para impedir que ésta preste su auxilio (art. 622, inc. 12), o la omisión de las órdenes correspondientes para reunir las tropas desbandadas en presencia del enemigo, con el fin de que no se produzca esa reunificación (art. 622, inc. 11).

§ 293. Obviamente que estas consecuencias resultan intolerables, puesto que el "sentido común", nos indica, al menos intuitivamente, que esas omisiones son homicidio calificado en el caso de la madre y traición a la Nación en los restantes. Ante esta cir-

cunstancia se argumenta que es imposible la tipificación legal de todos los supuestos en que un sujeto se halla en una posición de garante que haga que su conducta distinta de la debida equivalga a la causación del resultado típico. Se trataría de un caso similar a la culpa y, por ende, no quedaría más recurso que considerar que prácticamente detrás de casi todos los tipos activos hay una suerte de "falsete", que es el tipo omisivo equivalente no escrito, que funciona como un tipo abierto y que el juez tiene que cerrar en cada caso con la norma que incluye al autor en la posición de garante.

§ 294. Parece ser cierto que hay tipos omisivos no escritos que no hacen más que agotar el contenido prohibitivo del tipo activo escrito, no obstante lo cual la doctrina no puede menos que reconocer que este fenómeno configura un serio desmedro para la seguridad jurídica y no se halla libre de reparos constitucionales. De cualquier modo, éste es el estado actual de la doctrina acerca del problema y la misma se refleja consecuentemente sobre el derecho penal militar, en cuyo ámbito tampoco podemos desconocer la existencia de tales tipos, si bien todos los delitos militares son delitos especiales y todas las omisiones del C.J.M. son omisiones impropias, o sea, que tienen su equivalente típico activo, dado que hay una posición de garante simple —que emerge de la sola condición de militar— y otra compleja, que requiere ciertos requisitos o calidades o funciones en el militar, no siempre cualquier militar puede ser autor de una omisión militar impropias, sino que es menester, en cada caso, saber si la posición de garante, en el caso concreto, emerge de la condición de militar o necesita de otras condiciones.

La fuente de la posición de garante en el derecho penal militar es, por lo regular, *la ley misma*, pero bien puede suceder que también lo sea la *conducta precedente del militar* (tal como en los tipos omisivos militares escritos sucede con el mencionado 691, C.J.M.).

Algunos ejemplos nos aclararán el panorama. El art. 663, C.J.M. tipifica *activamente* los actos de irrespetuosidad al superior, abarcando las formas de agravio, amenaza, injuria o cualquier otra irrespetuosidad. El autor debe ser un militar, inferior, en acto del servicio de armas o con ocasión de él o en presencia de tropa formada. Los medios pueden ser palabras, escritos, dibujos ó procederes, inconvenientes. Supongamos que en presencia de tropa formada, el inferior enmudece y permanece inmóvil frente a una pregunta que el superior le dirige y que éste se la repite, omitiendo el inferior cualquier respuesta, hasta que se genera una situación que mueve a la hilaridad generalizada en la tropa formada. Poca duda cabe de que se trata de una comisión por omisión dolosa, en que la posición del garante respecto de la disciplina militar y del respeto al superior como elemento de ella deviene sólo de la condición de militar y de inferior del autor.

En lugar, el inc. 3 del art. 713, C.J.M. establece que comete abandono el oficial que se desvía del derrotero señalado en su pasaporte como indispensable. Supongamos que en tal caso, un oficial nota que el buque o aeronave o cualquier otro transporte que le conduce se desvía de su derrotero y permanece en él como si no lo hubiese notado, con el evidente propósito de eludir el destino y derrotero señalado.

Sólo incurre en el delito de abandono si se halla en posición de garante, esto es, si tiene autoridad suficiente como para hacer que el derrotero se rectifique

en el sentido ordenado, pero no lo cometerá si carece de tal autoridad. Lo mismo sucederá cuando un militar observe que una obra se ejecuta apartándose de los planos (art. 778, C.J.M.), caso en que cometerá omisivamente el delito si es el encargado de la construcción con anterioridad para ordenar a sus inferiores la rectificación conforme a los planos, pero no podrá hacerlo si no reviste la calidad de encargado y superior, que le coloca en posición de garante.

V. OMISIONES DOLOSAZAS Y CULPOSAS.

§ 295. Los tipos omisivos, al igual que los tipos activos, se dividen en dolosos y culposos. El tipo omisivo doloso requiere, como elemento o *aspecto cognoscitivo del dolo*, el efectivo conocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad. Cuando se trata de una omisión imprópria, requiere además que el sujeto conozca la calidad o condición que le pone en posición de garante, pero no el conocimiento de los deberes que le incumben como consecuencia de esa posición, porque ese conocimiento es un problema de culpabilidad. Del mismo modo, el sujeto debe tener conocimiento de que le es posible impedir la producción del resultado, es decir, del "poder de hecho" que tiene para interrumpir la causalidad que desembocará en el resultado.

En el *aspecto conativo*, el dolo omisivo se monta sobre la previsión de la causalidad y la puesta en marcha de un curso causal distinto que, fuera de la circunstancia típica omisiva podría ser jurídicamente indiferente, pero al que se lo ve como necesario para no evitar el resultado, es decir, para no interrumpir la causalidad que la conducta debida hubiese evitado.

En cuanto a la *omisión culposa*, que es la conducta del que omite sin querer la producción del resultado, pero pudiendo preverlo, es fundamental no confundir la estructura misma de la culpa con la de la tipicidad omisiva, lo que puede resultar problemático, porque como en la culpa simple hay un deber de cuidado que no se ha observado, puede pensarse que en toda culpa hay una omisión.

Una clara *omisión culposa* es la del art. 736, C.J.M.: "el militar que en guerra pierda la fuerza, plaza, puesto, buque o base aérea a sus órdenes, por no tomar las medidas preventivas o no solicitar con tiempo los recursos necesarios para la defensa, cuando le conste el peligro de ser atacado". Sin embargo, la terminología del art. 737, C.J.M., mueve a gran confusión, porque en forma muy amplia equipara la negligencia a la omisión, "el militar que por *negligencia u omisión en el cumplimiento de sus deberes*, cause perjuicios o trastornos graves en las operaciones de guerra". Esta redacción nos lleva a pensar directamente que toda culpa es una forma de omisión.

Sin embargo, a poco andar, veremos con claridad que cuando se afirma que el deber militar se omite, lo que se quiere significar es que se lo viola, porque de lo contrario, la tipicidad culposa importaría frecuentemente una punición fundada en la omisión de lo imposible. En efecto: en el tipo culposo, la norma exige el cuidado debido, pero *no exige la realización de la conducta conforme al cuidado debido*, sino que frecuentemente el cuidado debido consistirá en abstenerse de realizar la conducta.

Así, en el caso del art. 738, C.J.M., el militar al que se le encomienda un plano o proyecto, que ignora como se hace, puede averiguarlo o asesorarse, pero si un superior le ordena a un individuo de tropa analfabeto que confeccione el plano de un puente complica-

do, es obvio que el deber del individuo de tropa no consiste en confeccionar correctamente el plano, puesto que ello será imposible, sino en advertir al superior acerca de su incapacidad para hacerlo.

Capítulo XIII

LA TIPICIDAD CÓNGLOBANTE

I. *EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER JURÍDICO COMO CAUSA DE ATIPICIDAD PENAL MILITAR.*

§ 296. Habíamos establecido que el tipo legal es la manifestación de una norma que se genera para tutelar una relación de un sujeto con un ente, que se llama bien jurídico. La norma prohibitiva que da lugar al tipo (y que permanece antepuesta a él: "no traicionarás a la Patria", etc.) no está aislada, sino que permanece junto con otras normas también prohibitivas, formando un *orden normativo*, en el que no se concibe que una norma prohíba lo que otra ordena o lo que otra fomenta, porque en tal caso no se podría hablar de orden normativo, sino de un amorfo amontonamiento antojadizo de normas arbitrariamente reunidas.

Pues bien: puede darse el fenómeno de que la fórmula legal aparente abarcar supuestos que son alcanzados por la norma prohibitiva en cuanto se la considere aisladamente, pero que de ningún modo pueden quedar dentro de lo que ella prohíbe cuando se la considera conglobadamente, esto es, *formando parte de un universo ordenado de normas*. De allí que la *tipicidad penal* no se reduzca a la *tipicidad legal* (es decir, a la adecuación a la formulación legal), sino que

debe evidenciar una verdadera prohibición con relevancia penal, para lo cual debe estar prohibida a la luz de la consideración conglobada de la norma, es decir, que la tipicidad penal implica la tipicidad legal corregida por la tipicidad conglobante, que puede reducir el ámbito de aparente prohibición que surge de la sola consideración de la tipicidad legal.

Los principales supuestos en que consideramos que pese a la tipicidad legal, media una atipicidad conglobante, se dan cuando una norma ordena lo que otra parece prohibir (cumplimiento de deber jurídico), cuando una norma parece prohibir lo que otra fomenta, cuando una norma parece prohibir lo que otra norma excluye del ámbito de prohibición por estar fuera de la ingerencia del Estado (art. 19, C.N.), y cuando una norma parece prohibir conductas cuya realización garantizan otras normas, prohibiendo las conductas que la perturban.

§ 297. El cumplimiento de un deber jurídico está previsto en el inc. 4 del art. 34 del C.P.: "El que obrare en cumplimiento de un deber". Si bien un buen número de autores considera que se trata de una causa de justificación, hemos visto que no es tal, porque las causas de justificación se generan a partir de un precepto permisivo, en tanto que en el cumplimiento de un deber jurídico hay sólo una norma preceptiva (una orden). Quien no quiere actuar justificadamente, puede no hacerlo, porque el derecho no le ordena que lo haga sino que simplemente se lo permite. En lugar, quien deja de cumplir con un deber jurídico es sancionado, porque el derecho le ordena que actúe de esa forma. Por otra parte, en tanto que en el cumplimiento de deber jurídico hay una orden, en la causa de justificación no hay ni siquiera un favoreci-

miento de la conducta justificada, la que sólo está permitida con un gesto de impotencia ante una situación conflictiva.

En doctrina suele afirmarse que hay casos de "colisión de deberes", es decir, supuestos en que a un individuo no le resta otro recurso que violar uno u otro deber.

Conforme lo hemos expuesto, especialmente al ocuparnos del derecho penal militar de excepción, creemos que no hay tales colisiones de deberes, sino que todas ellas son aparentes, porque siempre uno de los deberes es preponderante. Por supuesto que en casos difíciles de colisión aparente de deberes puede suceder que al sujeto le sea difícil reconocer cuál es el deber preponderante y, por ende, puede presentarse un supuesto de error de prohibición que, de ser invencible, dará lugar a una inculpabilidad.

II. LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA COMO CAUSA DE ATIPICIDAD.

§ 298. La obediencia jerárquica puede o no ser debida. Cuando la obediencia es debida por parte del inferior, la conducta del inferior es atípica, puesto que se trata del cumplimiento de un deber jurídico.

De la particular situación en que el personal militar se encuentra en punto a la obediencia jerárquica, nos da noticia un resonante y conocido caso jurisprudencial que ha sido estimado verdadero "leading case". Nos referimos al fallo recaído en el proceso que por el delito de desacato se siguió al coronel José M. Calaza quien, invocando órdenes superiores el 20 de enero de 1908 impidió el ingreso al Congreso al señor Manuel Láinez. Durante el proceso la defensa de Calaza esgrimió, entre otros argumentos, el de la

obediencia debida a las órdenes superiores, postura que fue rechazada por el juzgador. Pero lo interesante del caso, y lo que queremos resaltar aquí, es que no fue Calaza quien realizó el injusto que le fuera reprochado, sino un oficial subalterno que actuaba bajo su mando, empero, tal es la vigencia del principio en el plano castrense, que a este oficial no se indagó ni investigó en absoluto su conducta.

Pareciera entonces que, desde un primer momento, ni siquiera puede formularse imputación al subalterno que ejecuta una orden del servicio militar, desplazándose la misma al superior que dio la orden. Es que en el ámbito militar el subalterno debe inmediata e irrestricta obediencia a las órdenes del servicio impartidas por sus superiores; la eficacia de los ejércitos se vería seriamente comprometida si se asignara al inferior un amplio derecho de inspección o discusión respecto de las órdenes que se les imparten. Imaginemos la situación en que un general imparta las órdenes de operaciones y sus coronelos se sienten tranquilamente a discutir su legalidad —o quizás su conveniencia— previo a ejecutarlas.

§ 299. La obediencia debida constituye una de las más arduas cuestiones del derecho penal militar, lo que explica que haya sido tratada en nuestro país por prestigiosos autores, en contraste con la escasa bibliografía que existe en otros temas de la misma disciplina.

Por un lado es sostenida la opinión de que nuestro derecho penal militar se adscribe a la tesis de la *obediencia ciega*, atendiendo a los términos del art. 514, C.J.M., que hace responsable por el delito cometido en el cumplimiento de una orden del servicio sólo al superior que la impartió, en tanto el inferior no se haya excedido en su cumplimiento y a la correlati-

va supresión de la *remonstratio* por el art. 675, C.J.M.: "Ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio militar" (así, Rodríguez Devesa, *La obediencia*, ps. 48 y 49). Hay otra corriente doctrinaria que ha procurado distintos paliativos para la tesis de la obediencia ciega (así, Colombo, ps. 149 y ss.; Ramayo, Bol. Jur. Mil.).

§ 300. Cabe plantear aquí, frente a la terminante redacción del art. 514, la supresión de la *remonstratio* por el art. 675 y la disposición del art. 522 del C.J.M. que considera "como agravante del abuso de autoridad la circunstancia de haber determinado con él la comisión de un delito por parte del inferior", con lo que queda claro que de una orden del superior puede resultar la comisión de un delito, cuales son los límites que pone el propio C.J.M. a la obediencia debida.

En principio hay límites que se hallan en la propia ley penal militar: así, los militares rebeldes y los amotinados; mientras permanezca la rebelión o el motín, quedan privados de autoridad y prerrogativas (arts. 652 y 695), lo que implica que sus inferiores no deben obediencia a sus órdenes. Tampoco está obligado a acatar la orden de adherirse a una capitulación estipulada por otro militar superior con el enemigo extranjero, rebelde o sedicioso, el inferior encargado de una plaza, puesto o tropa que cuente con medios de defensa (art. 750, C.J.M.), incurriendo en delito si lo hace. Por otra parte, es deber de los centinelas, salvaguardias o de cualquier personal del servicio de guardia, hacer uso de sus armas cuando ello fuese necesario para reprimir delitos de traición, rebelión, motín, vías de hecho contra el superior o cobardía, "aun cuando sea contra sus superiores" (art. 525), lo que

presupone que en tales casos no les obligan las órdenes de éstos. El art. 525, C.J.M., remite en este sentido a los delitos previstos en el art. 524, C.J.M., que incluyen la insubordinación y la irrespetuosidad, hipótesis en las que resulta más difícil de concebir la necesidad de acudir a las armas contra el superior.

§ 301. La doctrina suele colocar como límite a la llamada "*atrocitatem facinoris*", que ordinariamente se interpreta como la orden que impone la ejecución de delitos atroces, v.gr., si a un jefe militar se le ocurriera mandar a un soldado a degollar a una mujer que ingresó al cuartel a pedir limosnas.

No negamos la importancia que puede tener en la labor interpretativa la teoría de los delitos atroces, pero creemos que en el propio C.J.M. hay un valladar insoslayable a las órdenes vinculantes, aun para el caso de que no se trate de delitos atroces. El mismo está constituido por el art. 878: "Se entiende por acto del servicio, todo el que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden, por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas".

Visto desde esta perspectiva, el límite de la orden, no necesita penetrar el campo de la atrocidad intrínseca de la acción mandada, sino en su relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden por el hecho de ser miembro de las fuerzas armadas. De consiguiente, sin ser un crimen atroz, será ajeno al servicio y por tanto fuera del ámbito de la orden vinculante, la de ejecutar exhibiciones obscenas en la vía pública, por ejemplo.

§ 302. Es lógico que el poder de inspección del inferior, referido al contenido de la orden, se halle notoriamente restringido en el ámbito del derecho penal

militar. El inferior tiene el deber de verificar que la orden de que se trate se desenvuelva dentro del marco del acto de servicio. Fuera de ese poder de inspección sobre el límite formal de la orden, su deber de inspección material o de contenido es limitado, porque "es evidente que en determinadas hipótesis el derecho restringe al subordinado la facultad de inspeccionar la orden con respecto a su contenido y ello es fácilmente explicable, en virtud de que, en caso contrario, los peldanos inferiores de la escala jerárquica se convertirían en verdaderos tribunales de casación de las órdenes de sus superiores, paralizando o enervando la acción, precisamente, en cuerpos o instituciones en donde la actuación rápida y disciplinada es indispensable" (Fierro, p. 16).

§ 303. Planteando la cuestión en términos más generales entendemos que cuando el derecho establece un orden jerárquico en un cuerpo cualquiera, no lo hace, obviamente, para que el superior pueda impartir órdenes de contenido delictivo, sino que limita el deber jurídico del inferior al cumplimiento de las órdenes cuyo contenido corresponde al servicio y es lícito. De allí que, *en el derecho penal, tanto común como militar, la obediencia deja de ser debida cuando el inferior sabe que el cumplimiento de la orden importa la ejecución de un injusto penal y, por consiguiente, es plenamente responsable de su conducta en ese supuesto, salvo que la misma resulte justificada o inculpable (por estado de necesidad justificante o inculpante)*.

Como el derecho no establece el deber jurídico de obediencia para que se cometan delitos sino para que se preste un servicio, hay un deber del superior de no impartir órdenes delictivas, de no dar ocasión a sus inferiores de que cometan delitos (deber de vigilancia)

y un correlativo deber del inferior de controlar, *conforme a las modalidades y necesidades impuestas por el servicio*, que el contenido de la orden es lícito. La garantía del buen funcionamiento dentro del marco de la legalidad está en el mutuo control (del superior al inferior y del inferior al superior).

Sin embargo, es necesario recalcar que el deber de control del inferior sobre el contenido de la orden está siempre condicionado a las modalidades y necesidades del servicio. Así, no puede afirmarse que el oficial de justicia deba controlar si cada mandato que ejecuta no responde a una prevaricación del magistrado que lo ordena, porque sería absurdo.

No obstante, lo normal en el orden civil administrativo es que cuando el inferior tenga fundadas dudas acerca del contenido delictivo de la orden que se le imparte y tenga la posibilidad de aclararlo, le incumbe el deber de hacerlo, porque de lo contrario sería autor de un delito: estaría cometiendo un injusto penal y le sería posible comprender su antijuridicidad (su conducta configuraría un injusto culpable).

§ 304. En el campo jurídico-penal militar la cuestión no cambia en su esencia, sino en sus accidentes. Hemos visto que el inferior tiene el deber jurídico de cumplir las órdenes del servicio y no las ajenas al mismo, lo que configura una *limitación formal*, que hace que el cumplimiento de órdenes que no sean del servicio configure una violación al deber jurídico en lugar de un cumplimiento del mismo. No obstante, tampoco en esta limitación formal se agota su deber de revisión de la legitimidad del contenido de la orden, puesto que *también el inferior militar tiene el deber jurídico de verificar la juridicidad del contenido*. Ello hace que en los casos en que la orden importe la comisión de crímenes atroces, tales como la ejecución

de rehenes o la comisión de un genocidio, el inferior no pueda ampararse en el deber jurídico de obediencia, puesto que en tales casos le es patente el contenido delictivo de su conducta y la consiguiente cesación de la atipicidad penal de la misma. Es insostenible que el derecho argentino tolere que cualquiera esté sometido al deber jurídico de cometer crímenes atroces. Hasta aquí no hay diferencia alguna entre el derecho penal común y el militar, pero, a partir de este límite material de los crímenes atroces, la necesidad del servicio propio de las fuerzas armadas impone una limitación al deber jurídico de revisión del contenido de la orden y una consiguiente ampliación del deber de obediencia. En el servicio administrativo civil la duda fundada le impone al inferior el deber declarificarla, pero en el servicio de orden militar no puede sostenerse esta solución, sino en medida sumamente limitada. Ello es así porque el derecho penal militar se funda en la amenaza o presencia de una necesidad tremenda y esta misma necesidad que lo funda impone la restricción de su deber de revisión. La antijuridicidad de una conducta, conforme a la ley militar, dependerá siempre de la necesidad, cuyo juez no es el inferior, sino el superior.

Así, bien puede suceder que el superior ordene al inferior que se rinda o que capitule ante el enemigo, como parte de una maniobra táctica que tenga por fin hacer avanzar confiadamente al enemigo para luego encerrarlo, pero, como es lógico, para que dicha maniobra tenga éxito, no puede estar enterada de la misma toda la tropa y ni siquiera toda la oficialidad, porque trascendería el plan y llegaría a conocimiento enemigo. Este ejemplo tan simple nos demuestra que no queda otro recurso que negarle al inferior el deber jurídico de revisión, como regla general, incluso en los casos en que tenga fundadas dudas acerca de la delici-

tuosidad de la orden, o sea que se invierte la regla que rige en el orden civil para el caso de duda. Esto hace que, a diferencia del orden civil, en los casos de duda, el inferior tenga el deber jurídico de cumplir la orden y, por consiguiente que, tal como lo establece el art. 514, C.J.M., "el superior que la hubiere dado será el único responsable".

Pero cabe recalcar que cuando el inferior tiene la certeza de la delictuosidad de la orden, ésta no le obliga, sino que, por el contrario, su deber jurídico es no cumplirla. Así, si un superior ordena a su subalterno que informe al enemigo acerca de la posición de los ejércitos, que le revele los "santo y seña", las claves de los mensajes militares, o cualquier otra información que el inferior sabe que es correcta y no le cabe duda alguna que se trata de un acto de traición a la patria, no puede sostenerse que el inferior tenga el deber jurídico de cumplir la orden, sino que tiene el deber de abstenerse de su cumplimiento y de evitar que el acto de traición a la patria se consumé, tal como se lo impone el propio C.J.M. en su art. 624. *De no entenderse el art. 514, C.J.M., como limitado a los casos en que el inferior no tiene la posibilidad de conocer el carácter delictivo de la orden o tiene dudas acerca del mismo, que no cabe que las clarifique, lo dispuesto por el mismo no podría compatibilizarse con disposiciones tales como la del art. 624, C.J.M.*

De cualquier manera, la obligación de cumplir la orden aun en caso de duda justifica ampliamente la circunstancia de agravación del art. 522, C.J.M., puesto que la obediencia debida configura con ello una causa de atipicidad de la conducta mucho más amplia en el derecho penal militar que en el común.

La circunstancia de que en caso de fundada duda el agente civil tenga el deber jurídico de clarificar el

contenido de la orden o de abstenerse de su cumplimiento, en tanto que el militar tenga el deber jurídico de cumplirla, disminuye notablemente el control de legalidad sobre el contenido de la orden del superior militar, dejando más indefensos los bienes jurídicos penalmente tutelados, lo que inquestionablemente conduce a que el contenido injusto del acto de impartir una orden militar que importe comisión de un delito sea mucho mayor, puesto que en tales casos, el mayor poder obligante que se le confiere al superior militar en razón de la necesidad de eficaz tutela de bienes jurídicos, resulta aprovechado por éste, precisamente para el objeto contrario, es decir, para la afectación de los bienes jurídicos. Es obvia, pues, la razón de la agravante genérica del art. 522, C.J.M.

§ 305. Pese a esta restricción indispensable del poder de inspección del inferior, no puede llegarse a la ficción jurídica de que el inferior no realiza conducta, es decir, que opera como una mera masa mecánica o herramienta inanimada, lo que significaría el total "traslado de la relación imputativa" (así, Soler, I, 262). Esta ficción jurídica convertiría al inferior en un engranaje cosificado, carente de toda entidad humana, lo que está contradicho por la misma ley, que premia los actos ejecutados en cumplimiento de órdenes del servicio en ciertos casos, que reconoce la prestación del servicio a efectos previsionales, etc. La consideración de que la obediencia jerárquica —cuando es debida— elimina la conducta o el acto del subordinado, como si fuese una fuerza física irresistible, responde a un problema que no tiene solución desde el punto de vista doctrinario de algunos autores, que sostienen el "injusto objetivo", llamando así a la "causación del resultado"; porque si lo antijurídico —lo contrario al derecho— es la

causación del resultado, todo el que tome parte en esa causación, o sea, el que da la orden como el que la ejecuta porque le debe obediencia y no tiene poder ni deber de revisión o inspección de la orden —que en el derecho penal militar está muy limitado—, está actuando antijurídicamente. De este modo, si tomamos el ejemplo del Coronel Calaza, su subordinado, al impedirle al senador Láinez el ingreso al Congreso, habría estado actuando antijurídicamente, porque también habría causado el resultado injusto. Por consiguiente, surge entonces la inaceptable consecuencia de que el senador Láinez, en legítima defensa de sus fueros parlamentarios y de la institucionalidad constitucional, habría podido lesionar al subordinado con un arma o incluso matarle, si ello era racionalmente necesario, conforme al inc. 6 o 7 del art. 34, C.P.

Esta consecuencia es a todas luces inaceptable, porque, por ejemplo, si un juez instructor o un tribunal militar le ordena a un militar que coopere con él deteniendo a un individuo (art. 757), tiene la obligación de cumplir la orden so pena de una sanción disciplinaria, siempre que no configure su omisión un delito, del mismo modo que cuando niegue cooperación a un agente de la autoridad civil que se la solicite para detener a un individuo (art. 679), lo que importa que el militar está obligado a acatar la orden que se le imparte, es decir, que tiene el deber de cooperar con la autoridad judicial militar que se lo solicita o con el agente de la autoridad civil que hace lo propio. Pero bien puede suceder que la orden implique un delito por parte de la autoridad civil que la imparte o que el tribunal militar proceda ilícitamente, por arbitrariedad, a detener a un individuo, o puede suceder que la autoridad civil, o judicial militar, sin incurrir en delito alguno, le ordene que coopere en

la detención de un sospechoso, que no es autor de ningún delito, pero que se hace sospechoso a la autoridad judicial militar o civil en razón de la falsa denuncia de un tercero. En tal caso, la detención del sospechoso sería el resultado ilícito de una causalidad desencadenada por el falso denunciante y, por consiguiente, la conducta de quienes proceden conforme al deber jurídico constituiría una agresión ilegítima, dado que se considera que lo injusto es la causación y tales conductas la integran.

Conforme a ello se llegaría a la inadmisible consecuencia de que cumplir con el deber legal de acatar la orden de detener a un sospechoso sería una conducta ilícita y daría lugar a que quien es ilegítimamente privado de su libertad por este medio pudiera defenderse legítimamente contra el que cumple su deber jurídico de detenerle.

Para nosotros esta consecuencia es totalmente inadmisible y carece de sentido porque, tal como lo hemos venido sosteniendo desde el comienzo, lo antijurídico, es decir, lo injusto, no es el proceso causal mismo, sino la conducta, de modo que, conforme a nuestra posición, como lo único que puede ser contrario al derecho son conductas, bien puede acontecer, conforme a la consiguiente concepción personal del injusto que de ello se deduce, que alguien actúe antijurídicamente valiéndose de otro que actúa conforme a derecho, lo que hace que el que sufre los resultados de la agresión, es decir de la conducta ilícita consistente en impartir la orden, sólo pueda actuar licitamente respecto del subordinado que la ejecuta en cumplimiento de su deber, en la medida del estado de necesidad justificante, pero no en la de la legítima defensa.

Por otra parte, asimilar el cumplimiento de una orden que asume la forma de cumplimiento de

un deber jurídico a la fuerza física irresistible hace que el subordinado desaparezca totalmente, lo que da lugar a que se considere que el subordinado —como no es más que una herramienta o instrumento— deba cumplir cualquier orden referida a un acto de servicio, por atroz que sea su contenido, lo cual, pese a que su poder o deber de revisión sea muy limitado militarmente, no puede ser aceptado con valor absoluto. Los límites de este poder, tal como lo hemos sostenido, por obvias razones de disciplina y de celeridad impuestas por la necesidad que fundamenta esta especialización del ámbito jurídico-penal, deben ser estrechos, es decir, mucho más estrechos que los que hay en el derecho penal común; pero por estrechos que fuesen, también resulta claro que existen.

III. LA MAYOR AMPLITUD DEL DEBER JURÍDICO COMO CAUSA DE ATIPICIDAD CONGLOMBANTE EN EL DERECHO PENAL MILITAR Y LA CONSIGUIENTE REDUCCIÓN DEL ÁMBITO DE LA JUSTIFICACIÓN.

§ 306. Veremos en el capítulo siguiente qué son los tipos permisivos o causas de justificación, pero de momento, en el campo de la atipicidad conglomerante, que ya distinguimos nítidamente de la justificación, nos es dable observar que el derecho penal militar tiene por característica reducir el ámbito de la justificación y aumentar el de la atipicidad conglomerante por cumplimiento de deber jurídico, en razón, precisamente, de que muchas conductas que el derecho penal común ampara como meros permisos para situaciones de conflicto entre bienes jurídicos, el derecho penal militar hace de ellas deberes, establecién-

do su realización como una obligación para el militar, al que pena en caso de no realización.

Dicho más claramente: el derecho penal común le *permite* al civil que ejecute en determinadas circunstancias conflictivas, conductas típicas, las que el derecho penal militar le impone como deber jurídico, en análogas circunstancias, a los militares.

§ 307. La igualdad ante la ley, en el sentido de que tan digno de consideración como persona es el inferior como el superior, está garantizada por el derecho penal militar, dando testimonio legal de ella la disposición del art. 763, que veda al oficial una capitulación preferencial en razón de jerarquía militar, al igual que la del art. 702, C.J.M., que pena cualquier maltrato o perjuicio arbitrario al inferior. No obstante, cualquier delito contra la disciplina cometido por el inferior, que incluye obviamente las vías de hecho contra el superior, no confiere al superior sólo el derecho o permiso para reprimirlo, o sea, para defenderse, sino que la *ley penal militar impone al superior el deber de defenderse*, tal como surge claramente del inc. 3 del art. 771, C.J.M., que sanciona al oficial “que no empleare todos los medios a su alcance para impedir o frustrar un flagrante delito contra la disciplina cometido por un subalterno”. *La defensa del oficial contra un delito contra la disciplina cometido en su contra por un inferior, no configura, pues, una legítima defensa, sino el cumplimiento de un deber jurídico, que le impone la defensa, no sólo de su persona, sino también —y fundamentalmente— de la disciplina, imprescindible para la eficacia de las Fuerzas Armadas.*

§ 308. La disposición del art. 524, C.J.M., confunde planos, pero una adecuada interpretación de la misma en consonancia con lo dispuesto por el art.

771, inc. 3, ya mencionado, permite considerar que el superior no oficial puede incurrir en la tipicidad del art. 702, pero no ser antijurídica su conducta en el caso en que lo haga en legítima defensa (art. 34, inc. 6 o 7, C.P.), en tanto que esa defensa, para el oficial, no es una causa de justificación, sino una atipicidad por cumplimiento de deber jurídico (771, inc. 3), pero también del art. 524 surge claramente que cualquier militar —oficial o no oficial— tiene el deber jurídico de realizar la conducta legalmente típica del art. 702 (pero conglobantemente atípica), siempre que ello fuese necesario “para reprimir delitos flagrantes de traición, rebelión, motín, vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad, insubordinación o cobardía”. Del mismo modo, es deber jurídico de los centinelas, salvaguardias o cualquier personal en servicio de guardia, el uso de armas contra otro militar, superior o inferior, que fuere necesario para reprimir tales delitos. En todos estos casos, la omisión de esas conductas está penada, de modo que no se trata de un *permiso* (causa de justificación), sino de un *deber* (causa de atipicidad).

La única defensa legítima como causa de justificación que hay en el art. 524, C.J.M., es, pues, la que lleva a cabo el militar que no revista el carácter de oficial y que rechace la agresión del inferior, puesto que el art. 771, inc. 3, impone ese deber jurídico sólo al oficial (art. 874, primer párrafo).

§ 309. El superior tiene el deber jurídico de reprimir las vías de hecho por parte del inferior, porque con ello no está defendiendo sólo su honor, su integridad física o su vida, sino que fundamentalmente defiende también la disciplina militar, de la que, como superior, es garante. De allí que en este caso la legítima defensa deje de ser tal, es decir, deje de ser una

causa de justificación, pasando a ser un verdadero cumplimiento de deber jurídico. Se opera una publicitación de la legítima defensa, que algunos autores postulan también en el derecho penal común (lo que no tiene sentido). Cuando en el derecho penal común se insiste en el carácter sustitutivo de la legítima defensa, la misma aparece ocupando el lugar de la pena (teoría que se remonta a Hegel).

La tesis publicista o autoritaria de la legítima defensa es un verdadero disparate dentro del derecho penal común, porque en la vida civil, cada ciudadano no es jurídicamente garante —ni mucho menos— de la vigencia del derecho, por lo que allí resulta lógico que la legítima defensa sea sólo un derecho (un permiso). Por otra parte, cabe tener presente que en la vida civil no hay “inferior” ni “superior” en el sentido del derecho militar, por lo cual, pretender acentuar el carácter público de la legítima defensa es poco menos que hacer de cada uno él “superior” del otro frente a cualquier agresión, lo que de suyo habla del carácter autoritario de esta tesis, lo que se halla en consonancia con el pensamiento que le da origen y para el cual cualquier legítima defensa terminaría siendo siempre una legítima defensa del Estado.

En la vida militar, la situación es obviamente diferente, porque hay una jerarquía predeterminada, porque esa jerarquía se establece justamente para instrumentar una disciplina que es imprescindible para que el cuerpo pueda cumplir su función específica frente a la necesidad terrible, porque precisamente por ello el superior es garante de la disciplina militar. Ni siquiera en la vida militar rige lo que la versión autoritaria de la legítima defensa pretende en la vida civil, porque el *deber de defenderse le incumbe sólo al superior, pero no al de igual grado que no tenga superioridad por cargo* (art. 877, C.J.M.).

§ 310. El deber jurídico de defensa por parte del superior obedece a la posición de garante de la disciplina que tiene el superior. Esta garantía le prohíbe a él, con mayor razón que a otro, que ataque la disciplina militar. La disciplina militar no sólo se funda en la obediencia del inferior al superior, sino en el respeto mutuo entre ambos. La lesión a este respeto, por cualquiera de ambos, lesiona gravemente la disciplina, por lo cual tanto se pena la conducta del inferior contra el superior, como la del superior contra el inferior (arts. 702, 704). Veremos que el inferior puede defendérse legítimamente contra el superior (nº 327), siempre que la defensa también configure un estado de necesidad justificante respecto del bien jurídico militar (disciplina, eficacia). Para ello, es necesario que la agresión del superior siga siendo actual o que sea inminente, porque de lo contrario no hay defensa (no hay defensa contra agresiones pasadas). Pero la agresión pasada del superior es una *provocación* y, en tal caso, puede suceder que el bien jurídico militar llegue hasta a desaparecer de la consideración jurídica del evento. Esto tiene lugar cuando el inferior ha sido víctima de un abuso de autoridad en forma inmediatamente previa, supuesto que prevé el art. 516 del C.J.M. como un caso especial de menor injusto. Igualmente, cuando el inferior ha sido víctima de una injuria de gravedad, el art. 660 prevé la posibilidad de que desaparezca la consideración militar del caso, quedando sólo vi gente el bien jurídico que tutela el C.P.

IV. LA AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO: EL DAÑO Y EL PELIGRO.

§ 311. La afectación del bien jurídico puede ser de dos formas: *de daño o lesión, y de peligro*. Hay un

daño o lesión cuando la relación de disponibilidad entre el sujeto y el ente se ha afectado realmente, es decir, cuando se ha impedido efectivamente la disposición, sea en forma permanente (como sucede en el homicidio) o en forma transitoria. Hay afectación del bien jurídico por peligro cuando la tipicidad requiere solamente que esa relación se haya puesto en peligro. Estas dos formas de afectación dan lugar a una clasificación de los tipos penales en *tipos de daño y tipos de peligro*.

Los tipos de peligro han aparejado serios problemas interpretativos. En principio uno de los más arduos, es la forma de determinar el peligro, concluyéndose hoy que sólo puede ser valorado *ex-ante*, es decir, desde el punto de vista de un observador situado en el momento de la realización de la conducta, y no *ex-post*, es decir, en el momento de juzgarla. El peligro siempre surge de una incertidumbre y, con posterioridad a la conducta, generalmente ya no hay incertidumbre.

Por otra parte, se distinguió entre tipos de peligro abstracto y de peligro concreto. El peligro concreto fue entendido como un verdadero peligro y el abstracto como una posibilidad de peligro. Semejante interpretación resulta insostenible, porque en ella, el llamado peligro abstracto sería un "peligro de peligro", lo que en el caso de la tentativa traería la consecuencia de requerir un "peligro de peligro de peligro". En realidad, no hay tipos de peligro concreto y de peligro abstracto, al menos en sentido estricto, si no sólo tipos en los que se exige la prueba efectiva del peligro corrido por el bien jurídico, en tanto que en otros hay una inversión de la carga de la prueba, pues realizada la conducta se presume el peligro hasta tanto no se pruebe lo contrario, circunstancia que corresponderá probar al acusado. Se trata de una clasifica-

ción con relevancia procesal más que penal "de fondo".

Tipos de peligro abstracto son en nuestro C.J.M., los de los arts. 783 y 784, por ejemplo, en tanto que es un tipo de peligro concreto el del segundo párrafo del art. 735, que exige que realmente se haya comprometido la seguridad.

§ 312. El bien jurídico tutelado no se encuentra afectado cuando el titular del mismo presta su *acuerdo* para que el otro sujeto actúe. En el ámbito penal militar el acuerdo desempeña un papel más reducido que en el derecho penal común, debido a que siempre está en juego la disciplina militar o la necesidad de defensa. Una clara prueba de esta restricción la proporcionan el primer párrafo del art. 765 y el art. 766, que tipifican conductas que afectan el honor militar, pero que en la vida civil son atípicas, porque en virtud del acuerdo no hay bien jurídico afectado.

Conductas que no sólo configuran ejercicios de derechos que en la vida civil son intocables, por su exclusiva incumbencia al ámbito estrictamente privado del sujeto, como las relaciones homosexuales, el concubinato, etc., sino incluso conductas que requieren acuerdo y que son notoriamente fomentadas por el derecho, como el matrimonio, que naturalmente es la base de la familia en nuestra tradición cultural y jurídica, de no celebrarse conforme a ciertas reglas, no pierde su valor civil, pero es una conducta antijurídica (falta) en el ámbito militar (art. 681, C.J.M.). Ejercicios de derechos que son fomentados por el Estado, como la participación en la actividad política –fundamental para todo sistema republicano y representativo, cuya tumba sería la indiferencia política de sus ciudadanos– configuran una actividad antijurídica en el orden jurídico-militar (falta), por obvias razones

que le impiden al que reviste tal condición participar simultáneamente en las mismas (art. 700, C.J.M.). Sin embargo, la posibilidad de relevancia del acuerdo no se excluye, desde que, por ejemplo, no comete defraudación militar (art. 843) el militar que teniendo en su poder bienes muebles del Estado los aproveche en beneficio propio porque el Estado se los ha cedido, es decir, quien en este caso es el titular del bien jurídico. El Estado, como cualquier titular del bien jurídico propiedad, tiene el derecho a cederla, desafectarla, abandonarla, etc.

§ 313. El acuerdo no debe confundirse con el *consentimiento*, que es la aquiescencia que presta el titular de un bien jurídico y dentro de cuyos límites un tercero puede ejercer un derecho. Así, en el derecho penal común, hay acuerdo y no consentimiento cuando alguien toma una cosa ajena que se le ha prestado, pero hay consentimiento y no acuerdo, cuando un sujeto acepta someterse a una intervención quirúrgica que no tiene fin terapéutico (intervención quirúrgica estética), caso en que el médico tiene derecho a ejercer su profesión hasta el límite del consentimiento del paciente. El acuerdo es causa de atipicidad (caso del abandono de la cosa en el art. 843 por parte del Estado), en tanto que el consentimiento es límite para una justificación (que no elimina la tipicidad de la conducta, pero sí su antijuridicidad por parte del que actúa). Así, puede suceder que sea menester desparasitar a un grupo de hombres que debe seguir una marcha, sin que haya necesidad de proseguirla en forma inmediata, aunque fuese ello conveniente por comodidad o menores gastos, pudiendo hacerlo en más tiempo si se le permite a cada uno aplicarse individualmente determinado producto, o en más breve tiempo si todos se desnudan y se les fumiga en grupo.

En esas circunstancias, una orden del superior que opte por el segundo camino importaría un abuso de autoridad respecto de los inferiores a quienes desparasita por tan desconsiderado método. No obstante, si los inferiores prestan su consentimiento para que el procedimiento a seguir sea el último, el superior tiene derecho a impartir la orden de que se siga ese procedimiento.

§ 314. La *auto-lesión* es generalmente atípica en el derecho, pero porque en un derecho penal ordinario o común de cualquier país democrático y republicano, el hombre, considerado como fin en sí mismo, no puede ser penado por acciones que sólo afectan sus propios entes disponibles, es decir, que no afectan bienes jurídicos ajenos. No obstante, en el derecho penal de necesidad tremenda, como es el derecho penal militar, la condición de militar del sujeto activo le obliga a hallarse en condiciones de prestar servicio. De todas maneras, este deber no llega hasta el grado de hacerle custodio de su propia persona penando la negligencia respecto del cuidado de su propio cuerpo y salud, sino sólo tipifica la conducta directamente dirigida a autolesionarse y realizada con la intención de sustraerse al cumplimiento de sus deberes militares o al servicio, como elemento subjetivo del tipo doloso.

La causa de la atipicidad culposa es aquí suficientemente clara: el bien jurídico lesionado no es la propia salud, sino la defensa nacional o el servicio, al punto de que el art. 820 no tipifica siquiera cualquier lesión a la propia salud causada dolosamente —y menos aún culposamente— sino sólo la que se comete dolosamente y con el elemento subjetivo del tipo consistente en la intención o finalidad última de sustraerse al servicio.

Afirmar que el derecho argentino tipifica la autolesión en el art. 820, C.J.M., y pretender de allí extraer consecuencias con las que se pretende demoler todo el art. 19 constitucional y, con él, nada menos que nuestro fundamento jurídico básicamente republicano, convirtiendo al hombre en un “ser para el Estado”, es un grosero error conceptual. En el derecho argentino el hombre jamás es un “ser para el Estado”, a tal punto que el art. 820 del C.J.M. tipifica la autolesión dolosa —no la culposa— sólo cuando se la comete con la específica finalidad de perjudicar al servicio, sustrayéndose a él. El militar que por cualquier motivo intente suicidarse, sabe perfectamente que puede fallar en su tentativa de suicidio y quedar lesionado, con lo cual la autolesión se la habría causado dolosamente, como eventualmente dolosa, pero su conducta no es típica del art. 820, C.J.M., porque no la ha cometido con el específico fin de sustraerse al servicio. El militar que participa en una competencia deportiva riesgosa y se lesioná en su curso no incurre en la tipicidad del art. 820, C.J.M. Lo contrario resultaría absurdo dentro del mismo régimen jurídico militar: si el sargento Cabral hubiese resultado lesionado en lugar de haber sido muerto traicioneramente, habría incurrido en una conducta típica. Cualquier militar que afronta peligros que están más allá de lo que el propio acto de servicio le obliga a afrontar, está aceptando la posibilidad de resultar lesionado y, por consiguiente, la lesión que puede sufrir puede serle imputada a título de dolo eventual, pero a nadie se le ocurre esa aberración, sino que por lo general se le premia por su heroísmo, lo que es lógico.

§ 315. Por último, el derecho penal en general —y el derecho penal militar en particular— se ocupan de prohibir conductas que afectan bienes jurídicos en

forma de lesión o de peligro, configurando un injusto que no puede ser tolerado por el orden jurídico. Es evidente que el orden jurídico no puede convertir en delito nimiedades, porque su objetivo es evitar la guerra de todos contra todos, es decir, establecer un orden civil de coexistencia y, en el caso del derecho penal militar, reforzar la garantía de ese orden frente a la eventualidad de una necesidad enorme como es la guerra. No puede, por consiguiente, configurar delito ninguna nimiedad o insignificancia intrascendente, y carente de toda virtualidad para perturbar en cierta medida esa finalidad general de todo orden jurídico racional. Por ende, en circunstancias normales, por supuesto, no puede considerarse que incurre en la tipicidad de defraudación militar el encargado de custodiar bienes que se halla sin cerillas mientras trabaja en su oficina y toma una cerilla del material que tiene a su custodia, porque por mucho que se pueda argumentar que esa cerilla junto con otras más tendría un valor de mercado, lo cierto es que tanto patrimonialmente como también considerada desde el punto de vista de pertrecho útil para la prestación de un servicio, su valor es insignificante. Si caemos en el error de considerar que tales conductas son típicas, nos exponemos más al ridículo que al respeto del público. Funciona en tales casos el llamado "*principio de la insignificancia*", conforme al cual no puede considerarse penalmente típica (por falta de tipicidad conglomerante) la conducta que no afecta los bienes jurídicos con entidad suficiente como para perturbar mínimamente la coexistencia que el derecho penal contribuye a garantizar.

Capítulo XIV

LA ANTIJURIDICIDAD Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA

I. ANTINORMATIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.

§ 316. Las normas jurídicas configuran un orden, —orden normativo, de normas—, pero el orden jurídico no se agota en las normas prohibitivas sino que se integra también con preceptos permisivos, que puestos también en un cierto orden con las normas culminan el orden jurídico: *el orden jurídico se compone del orden normativo completado con los preceptos permisivos*.

Así, por ejemplo, en el derecho penal común, la vida es bien jurídico tutelado y afectado por el homicidio, pero la tipicidad de homicidio nos confirma sólo la afectación de un ente que presumiblemente sea un bien jurídico, porque dejaría de tener tutela jurídica si el homicidio se hubiese cometido en legítima defensa.

§ 317. Dibémos tener presente que *la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico*, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho.

La antijuridicidad, es, pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos.

II. LOS TIPOS PERMISIVOS.

§ 318. Bajo ningún concepto deben confundirse la antijuridicidad con el injusto: la antijuridicidad es la característica que presenta una concreta conducta típica para ser un injusto, es decir que *injusto* es la conducta que presenta los caracteres de tipicidad y antijuridicidad: en tanto que *antijuridicidad* es sólo la última de las características de esa conducta. Al faltar la antijuridicidad, por quedar neutralizada en función de una causa de justificación, hace que la conducta típica y antijurídica no llegue a ser un injusto. En otras palabras: la antijuridicidad puede compararse con la curvatura de una línea, o sea, que es la característica que hace que la línea sea curva, pero la curvatura no es la línea curva, sino sólo su característica necesaria.

Así como las normas prohibitivas dan lugar a la elaboración de *tipos prohibitivos*, los preceptos permisivos hacen que se generen *tipos permisivos*, que son las llamadas "causas de justificación", que otros denominan causas de "licitud".

§ 319. El tipo permisivo presupone para su aplicación una tipicidad prohibitiva, porque no puede pensarse en tratar de averiguar si una conducta está justificada cuando no se ha comprobado aún su tipicidad.

Así como el tipo prohibitivo individualiza conductas prohibidas, el tipo permisivo selecciona entre las conductas antinormativas las que permite. Dado que ambos tipos —prohibitivo y permisivo—, individualizan conductas, ambos requieren y efectivamente tienen componentes objetivos y subjetivos.

Entre los negadores del injusto personal hay dos posiciones: quienes afirman que el tipo permisivo tiene un aspecto subjetivo al lado del objetivo (posición predominante en el causalismo actual) y quienes pre-

tenden que el tipo permisivo es absolutamente objetivo (posición minoritaria dentro del causalismo). Por nuestra parte, y afirmando la calidad personal del injusto, no podemos menos que sostener la estructura compleja del tipo permisivo, con elementos subjetivos que integran un aspecto subjetivo paralelo al objetivo.

Que nuestra ley positiva requiere un aspecto subjetivo en la tipicidad permisiva surge claramente de su propia letra. El inc. 3. del art. 34 (estado de necesidad justificante) dice: "El que causare un mal *por* evitar otro", es decir, que para quedar incurso en esa fórmula debe haber procedido "*por*" evitar otro mal mayor y para ello, lógicamente, se hace necesario que haya reconocido antes el mal amenazado. El inc. 6 del mismo artículo dice: "El que obrare *en defensa*", el art. 524, C.J.M., dice: "obrare *en legítima defensa*"; y no puede obrar "*en*" defensa quien no sabe que se está defendiendo.

§ 320. Cabe aclarar que la afirmación de que el tipo permisivo (o causa de justificación) tiene un aspecto subjetivo, en modo alguno implica que a ese aspecto subjetivo pertenezca el conocimiento de que se está actuando conforme a derecho, porque tal conocimiento es absolutamente innecesario para que opere la justificación o tipicidad permisiva. Así, por ejemplo, para que un sujeto pueda actuar en legítima defensa, basta con que reconozca la agresión de que es objeto y el peligro que corre, actuando con la finalidad de defenderse. Estos elementos faltan cuando el sujeto dispara sobre alguien que precisamente en ese momento le estaba apuntando con un arma que tenía escondida debajo de un diario y de cuya existencia y maniobra no se había percatado. Pero debe quedar bien claro que quien se defiende, para hacerlo

legítimamente, no tiene por qué saber que está actuando conforme a derecho. Por mucho que crea que ha actuado contra el derecho y que escape y se mantenga prófugo, en la creencia de que ha actuado anti-jurídicamente, esto carece totalmente de relevancia.

§ 321. Tampoco tienen nada que ver con el requerimiento de un tipo permisivo subjetivo o de un aspecto subjetivo de la tipicidad permisiva o de la justificación, las particulares disposiciones de ánimo del autor. Actúa justificadamente quien sin ser oficial reprime de hecho la insubordinación del inferior en legítima defensa de su persona o de la disciplina militar, aunque al ejercer el maltrato sobre el inferior (típico del art. 702) sienta particular placer por serle antipático el inferior. Basta en la legítima defensa, por ejemplo, con que el que se defiende conozca la agresión y, por consiguiente, sepa que se halla en "situación de agredido" o, lo que es lo mismo, "en posición de defenderse"; basta en el estado de necesidad justificante, por ejemplo, con que el que actúa sepa el peligro que corre el bien mayor y que causa el mal menor para neutralizarlo, aunque sienta al hacerlo una gran satisfacción.

Sintetizando, cuando falte la tipicidad subjetiva requerida conforme al tipo permisivo de que se trate, no habrá justificación, aunque se hayan dado todos los elementos requeridos por el tipo objetivo de justificación o permisivo. La solución contraria, lleva a soluciones absurdas: piénsese que un sujeto arroje un líquido corrosivo a otro para estropearle el traje, ignorando que desde el bolsillo le apunta con una pistola. Como habría que prescindir de la finalidad perseguida por el sujeto, sólo restaría valorar si la conducta es "objetivamente" adecuada como defensa. Resultaría

que en ese caso no lo sería, pero lo sería si en lugar de estropearle el traje quisiera arrojarle vitriolo al rostro.

§ 322. Es obvio que tampoco habrá tipicidad permisiva cuando falten los elementos objetivos de la justificación y sólo existan los subjetivos. Se tratará de un caso de error, es decir, del supuesto que se denomina *justificación putativa*, que, en realidad, es un problema de error de prohibición, que luego veremos.

§ 323. La naturaleza última de todos los tipos permisivos es la de ejercicios de derechos que surgen de preceptos permisivos, pero las conductas que se llevan a cabo a su amparo, por regla general no son fomentadas por el Estado, sino solamente concedidas ante la imposibilidad de resolver la situación conflictiva de otra manera.

§ 324. La reducción del ámbito de estos preceptos y de los consiguientes tipos permisivos en el campo del derecho penal militar, en comparación con su extensión en el derecho penal ordinario, es lógica, si tenemos en cuenta que se trata de tipos que están circunstanciados para situaciones de necesidad en que se enfrentan bienes jurídicos de tal modo que el derecho no puede acudir de otra manera a la protección de algunos de ellos, más que proporcionándole al sujeto la facultad de hacer lo que es de su incumbencia pública, fenómeno que en el campo del derecho penal militar está necesariamente más regulado, precisamente por estructurarse todo este derecho penal especial sobre la base de una necesidad tremenda, que no existe en el derecho penal común, en el que no hay más que la ordinaria necesidad de coexistencia. De allí que en el derecho penal militar el campo de lo permitido se estreche en función de un desarrollo del terreno de

lo debido, es decir, que se opere el cambio a que ya hicimos referencia, cuando destacamos que se hace más reducido el terreno de la justificación y se extiende el de la atipicidad conglobante por cumplimiento del deber jurídico.

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA.

§ 325. a) Una de las principales causas de justificación, reglada en particular en el derecho penal, es la legítima defensa.

El problema más complejo de la legítima defensa es su *fundamento*. Se lo define por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos. Según se acentúe uno u otro de los aspectos de este doble fundamento, se insistirá en su contenido social o individual. En realidad, el fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que *nadie puede ser obligado a soportar lo injusto*. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos o, mejor dicho, la protección de sus bienes jurídicos.

De lo dicho se deduce que somos partidarios de la naturaleza subsidiaria de la legítima defensa, es decir, que en la medida en que haya otro medio jurídico de proveer a la defensa de los bienes jurídicos no es aplicable el tipo permisivo.

El fundamento individual (defensa de los derechos o de los bienes jurídicos) y el fundamento social (defensa del orden jurídico) no pueden hallarse encontrados, porque el orden jurídico tiene por objeto la protección de los bienes jurídicos, objeto que, cuando en una situación conflictiva extrema no llega

a satisfacer, no puede negarle el derecho a que el sujeto provea por sus medios a la protección de los bienes.

§ 326. b) La legítima defensa presupone una situación de necesidad, lo que la acerca a otro instituto, que es el estado de necesidad justificante. No obstante, entre la legítima defensa y el estado de necesidad justificante media una diferencia fundamental: en el estado de necesidad justificante el que sufre el mal menor no ha tenido nada que ver en la causación de la amenaza del mal mayor, en tanto que en la legítima defensa, el que sufre los efectos de la acción justificada es el autor de una agresión antijurídica. Esto hace que para el estado de necesidad justificante, las lesiones jurídicas —a los efectos de la tipicidad permisiva— deban cuantificarse con exactitud y sólo justificarse la acción lesiva, cuando causa un mal menor que el que el autor quiso evitar, lo que no sucede en la legítima defensa, porque en esa balanza hay que hacer pesar la agresión antijurídica del sujeto pasivo de la conducta defensiva.

De cualquier manera, en la legítima defensa, no es la necesidad el único parámetro de su fundamento, porque si bien ella se funda en el principio de que nadie tiene por qué soportar lo injusto, incluso cuando el Estado o el derecho no estuviesen en condiciones de evitarlo por sus órganos en forma oportuna, quien se defiende legítimamente no puede exceder cierto límite lesivo en forma que resulte repugnante a la forma de coexistencia que el orden jurídico propugna y sostiene. Así, en el derecho penal común se rechaza el principio de que "la necesidad no conoce ley" en su formulación absoluta, exemplificando claramente con el caso del parártico del ejemplo de Mezger, en que un parártico se halla en el fondo de un huerto y tiene sólo un fusil al alcance de la mano, careciendo de otro

medio de defensa, cuando ve que un niño está a punto de hurtarle una manzana, para cuya defensa sólo puede dispararle. Se sostiene atinadamente que en este caso el paralítico carece del derecho a defenderse legítimamente con el fusil, porque resulta irracional esa defensa, dado lo tremadamente desproporcionado del mal que causa comparado con el bien que defiende. Este límite racional, en los casos en que la diferencia entre el mal provocado por la defensa y el causado por el agresor es tan tremendo, se traduce en nuestra ley penal positiva en el requerimiento de que el medio defensivo sea *racionalmente* necesario (art. 34, inc. 6, C.P.).

§ 327. En el derecho penal militar la racionalidad de la defensa es una cuestión que se hace más compleja que en el derecho penal común. Ello obedece a que la legítima defensa sólo puede afectar bienes jurídicos del agresor, y sólo en forma muy secundaria bienes jurídicos ajenos al agresor, pero nunca puede haber una lesión directa e importante a bienes jurídicos de terceros, que no quede cubierta por un estado de necesidad justificante.

Como con cualquier conducta típica militar pueden afectarse otros bienes jurídicos, pero también se afecta invariablemente la disciplina, el servicio o la seguridad nacional, esta conducta sólo puede estar justificada cuando la lesión a estos bienes jurídicos resulte también justificada, aunque por vía de un estado de necesidad justificante. Se trata siempre de supuestos de *concurso ideal* de tipos permisivos, porque de lo contrario la legítima defensa afectaría simultáneamente la seguridad nacional de modo no justificado, lo que provocaría una lesión no justificada, cometida en forma directa, contra bienes jurídicos de los que no es titular el sujeto contra quien se dirige la conducta. De

allí que, por ejemplo, se considere justificada en el derecho penal común, la acción de quien le tapa la boca a quien le está injuriando para que deje de hacerlo, pero que no pueda considerarse justificada en el campo jurídico penal militar, la conducta del inferior que hace lo mismo contra el superior que le injuria en medio de una acción de guerra, para lo cual abandona la atención de una ametralladora a cuyo cargo se hallaba. No se trata de ninguna cuestión de la defensa que afecta a terceros ajenos a la agresión.

Este principio, que impide que la legítima defensa afecte a terceros,cede cuando la lesión que sufre el tercero está justificada también por un estado de necesidad justificante. Hay allí un concurso ideal de tipos permisivos. Cuando la legítima defensa contra el abuso de autoridad del superior salve un bien jurídico del inferior que sea de mayor entidad que la lesión a la disciplina que importa su conducta, el inferior actuará justificadamente, porque la lesión a la disciplina (bien jurídico del que no es titular el superior agresor) queda cubierta por el estado de necesidad justificante (art. 34, inc. 3, C.P.). Así, si el inferior se halla frente a una agresión del superior que afecta o pone en peligro su vida o su integridad física, bien puede defenderse legítimamente contra el superior, sin que pueda esgrimirse en su contra el argumento de que afecta con ello la disciplina militar, salvo casos excepcionales en que con ello cause un gravísimo peligro o daño a la eficacia de la fuerza armada, porque, por lo regular, la lesión a la disciplina será un mal menor a la pérdida de la propia vida, salud o integridad física. En tales casos, en función de la remisión genérica del art. 510, C.J.M., opera libremente el inc. 6 del art. 34, C.P.

El mero abuso de autoridad del art. 702, C.J.M., no le da al inferior el derecho a defenderse legítimamente; pero, no puede olvidarse que del tipo del art.

702 quedan excluidos expresamente los casos en que el superior quiera cometer un delito más grave.

Cabe consignar —aunque sea obvio— que todas estas consideraciones son válidas para la *agresión por parte del superior*, es decir, para la agresión *actual o inminente*, puesto que si la agresión hubiese concluido ya no cabe legítima defensa por parte del inferior. Esto es un principio elemental de la legítima defensa (no hay defensa contra una agresión que ya pasó), pero es menester aclararlo expresamente, para *no confundir la legítima defensa del inferior contra la agresión del superior, con la provocación suficiente por parte del superior*, que es el caso en que la agresión ya ha cesado (una agresión pasada ya sólo puede ser una provocación). La agresión pasada por parte del superior (provocación) da lugar a una regulación legal especial que ya vimos (v. § 310) y de la que volveremos a ocuparnos (§ 339).

§ 328. c) *Tanto la agresión como la defensa deben ser conductas.* No hay agresión cuando no hay conducta, como sucede cuando se trata del ataque de un animal o de un involuntario. "Legítima" significa *antijurídica*, y no puede ser antijurídico algo que no es conducta. Contra esos ataques que no son conductas sólo cabe el estado de necesidad.

La agresión debe ser una conducta, pero también debe ser antijurídica. Basta con que sea antijurídica, e intencional sin que interese ni se requiera que sea típica.

El carácter antijurídico de la agresión excluye la posibilidad de una legítima defensa contra una legítima defensa y del cumplimiento de un deber jurídico contra una legítima defensa. Nadie puede defendérse legítimamente contra quien, a su vez, se está defen-

diendo legítimamente. Por supuesto que esto es válido siempre que la acción sea defensiva contra el agresor y que no alcance a bienes de terceros ajenos a la agresión, pues, la conducta respecto del tercero no configura una legítima defensa. Nadie puede ser impedido de defendérse en razón de la agresión ilegítima que haya llevado a cabo otro con la que nada tiene que ver.

La agresión antijurídica no es necesario que se haya iniciado. La ley dice que la defensa puede ser "para impedirla o repelerla"; se la repele cuando ya se ha iniciado, pero se la impide cuando aún no ha tenido comienzo. Nuestra doctrina y jurisprudencia exige que la agresión sea inminente. Este requisito es coherente si por tal se entiende que el agresor puede llevarla a cabo cuando quiera, porque es inequívoca su voluntad de hacerlo y ya tiene prestados los medios para ello, pero no debe ser entendida en el mero sentido de inmediatez temporal.

§ 329. d) La ley niega el permiso para defendérse legítimamente a quien ha provocado suficientemente la agresión. Se trata de un elemento negativo del tipo permisivo que se halla en el apartado c del inc. 6 del art. 34: "Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".

La provocación suficiente por parte del titular del bien agredido es una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho en forma tal que hace cesar el principio fundamentador de la legítima defensa (nadie está obligado a soportar lo injusto). Es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, pero siempre que no haya dado lugar a lo injusto con una conducta inadecuada para la coexistencia. La coexistencia impone la evitación de las conductas motivadoras de situaciones conflictivas extremas, como

son las que se dan cuando tiene lugar la tipicidad permisiva de legítima defensa, dado el carácter meramente permisivo (y no fomentado) de esas conductas.

La provocación suficiente elimina la tipicidad permisiva de legítima defensa, pero bien puede suceder que el sujeto activo de la provocación se halie enfrentado a la disyuntiva de matar o morir. Piénsese, por ejemplo, en una irrespetuosidad fuera de actos de servicio al superior que reúna los requisitos de una provocación suficiente, pero ante la cual el superior reaccione fuera de los límites que le impone el deber jurídico de reprimir el referido delito —provocación— del inferior, el superior quiera matarlo y comience a disparar contra él, no quedándose otra alternativa al inferior que la de darle muerte para salvar su vida. En este supuesto, la conducta típica homicida del inferior no estará justificada —porque la provocación elimina el amparo de la legítima defensa— pero será inculpable, o sea que habrá un injusto inculpable de vías de hecho mortales contra el superior. No obstante, el inferior pudo y debió prever —dado que la provocación siempre debe revestir cierta entidad para que sea “suficiente”—, que el superior podía reaccionar de esa manera, por lo cual incurrirá —en función de la remisión del art. 510, C.J.M.— en un homicidio culposo (art. 84, C.P.), en concurso real con el delito del art. 665, C.J.M., cuya tipicidad habría configurado simultáneamente la provocación excluyente de la legitimidad de la defensa.

§ 330. e) El inc. 7 del art. 34 extiende el tipo permisivo de legítima defensa a la defensa de terceros, en los siguientes términos: “El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concuerren las circunstancias a y b del inciso anterior y caso

de haber precedido provocación por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercer defensor”.

Como es dable observar, la única diferencia que media entre la defensa propia y la de terceros es respecto de la provocación: en tanto que quien provocó suficientemente no puede defenderse legítimamente, puede hacerlo un tercero a condición de que no haya participado en la provocación. La circunstancia de que el tercero conozca la provocación no le inhabilita para defender legítimamente al agredido. Esta es la prueba más concluyente de que el injusto es personal en nuestra legislación penal: la situación es la misma, la agresión es antijurídica, pero el único que puede actuar justificadamente es el tercero.

IV. LEGITIMA DEFENSA DEL ESTADO.

§ 331. Dentro de la problemática general de la defensa de terceros, se ha planteado la cuestión de la defensa del Estado. Para algunos autores, la defensa legítima del Estado es inadmisible. Así, se argumenta que en modo alguno puede aceptarse como casos de defensa del Estado los tristemente célebres “procesos” por parte de organizaciones generalmente extremistas, que alegan defender al Estado mediante privaciones de libertad y homicidios, frente a los ataques reales o supuestos de organizaciones delictivas rivales o de ideología opuesta.

El argumento es estrictamente serio y, en modo alguno, esas conductas típicas pueden ser justificadas. Pero el rechazo en bloque de la posibilidad de defensa del Estado pasa por alto una diferencia que es fundamental para clarificar la solución: *una cosa es la defensa del Estado en su existencia y otra la defensa del*

régimen político del Estado. La inadmisibilidad de la legítima defensa de tercero es respecto de este último, puesto que el régimen político debe "defenderse" por medio de las instituciones, y la "defensa" del mismo por parte de sus funcionarios no es una legítima defensa, sino un cumplimiento de deber jurídico. En lugar, la defensa de la existencia misma del Estado está perfectamente justificada. Quien en caso de invasión coopera por su cuenta con las fuerzas armadas, está ejerciendo una legítima defensa del Estado, del mismo modo que la que ejercieron las mujeres y la población en general que espontáneamente cooperó para rechazar al invasor inglés. Arrojar agua hirviendo desde las azoteas era un acto de legítima defensa del Estado. Por otra parte, ninguna duda cabe de que se pueden defender legítimamente bienes del Estado, de la misma forma en que pueden defenderse los de propiedad de particulares.

No obstante, debe mantenerse clara la distinción para no caer en la confusión de pretender que la defensa del régimen político es la defensa del Estado mismo; pretensión que es común a todo sistema totalitario que siempre tiende a confundir la persona del gobernante y al gobierno mismo con el Estado.

§ 332. En el derecho penal militar la cuestión cobra importancia, porque el militar tiene el *deber jurídico* de defender la existencia del Estado y de la autoridad legítima, pero ello dentro del marco de la institución armada. Queda por ver, en los casos en que cesa su deber, si tiene el derecho de hacerlo, es decir, de defender legítimamente al Estado o a su autoridad legítima, cuanto no tiene el deber jurídico militar de hacerlo.

En los arts. 748 a 752, C.J.M., se tipifica la conducta de los militares que ceden al enemigo cuando tienen medios para resistir, pero es obvio que su deber jurídico de resistir concluye cuando se dan las hipótesis que los mismos tipos penales contemplan. En tales supuestos, la capitulación, retiro o abandono no es típico, o sea que la conducta realizada en esos extremos no está prohibida. Esto es lo que sucede cuando el militar carece de los medios y las posibilidades de resistir (art. 748), cuando haya fuerza superior que le obligue (art. 749), cuando hayan agotado las municiones o perdido los dos tercios de sus efectivos (art. 751). Cabe preguntarse si en estos casos, en que ya no hay deber jurídico para llevar la lucha adelante, existe, no obstante, el derecho —o permiso— de continuar a título de legítima defensa del Estado o de sus instituciones legítimas. La legítima defensa, en tales condiciones, por un lado puede importar una inútil pérdida de vidas y bienes, pero, por otra, puede implicar una conducta heroica. Todo eso depende de las reglas del arte: en tanto la defensa aparezca como necesaria y racional a la luz de tales reglas, nadie puede negar al militar que, más allá de su deber jurídico, continúe con la defensa del Estado o de sus instituciones en forma legítima. Por el contrario, no configura ninguna conducta justificada la gratuita destrucción que no puede beneficiar a la defensa nacional, sino que, en tales casos, se configura una tipicidad culposa.

Independientemente de tales supuestos, cuando un militar no se halle en condiciones de reintegrarse al país o a sus fuerzas armadas, no pudiendo ser considerado desertor (art. 716, inc. 6, C.J.M.) precisamente por la imposibilidad física de cumplir con su deber, puede actuar en legítima defensa del Estado

si se incorpora a grupos de resistencia al enemigo o a las fuerzas armadas de un país aliado.

Desde el punto de vista jurídico positivo, en caso de rendición o armisticio, en que se ordene el cese de las acciones bélicas, el militar no puede asumir en forma independiente la legítima defensa del Estado, puesto que se trataría de un verdadero acto de rebelión, que está tipificado expresamente en el C.J.M. (art. 741). Desde el punto de vista ético su conducta puede ser altamente ponderable, porque a nadie puede ocurrírselle que el general de Gaulle haya actuado en forma contraria a la ética, no obstante lo cual, dado que se trata de situaciones límite, que ya no pueden ser abarcadas por el derecho interno del país, dogmáticamente, no puede afirmarse nada, en razón de que todo juicio cae en una valoración política ajena al derecho.

V. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.

§ 333. Está previsto en el inc. 3 del art. 34, C.P.: "El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño".

En este supuesto, el que sufre el mal menor no ha hecho nada contrario al derecho y, no obstante, debe soportar el mal, porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección. De allí que aquí, a diferencia de la legítima defensa, en que sólo tiene valor correctivo para los extremos en que excede la racionalidad, la ponderación de los males (el que se evita y el que se causa) tiene una importancia capital.

El mal que se quiere evitar puede provenir tanto de una fuerza de la naturaleza como de una acción humana.

El fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando el menor, en una situación no provocada de conflicto extremo.

§ 334. Requisitos:

1) *Elemento subjetivo.* El tipo permisivo de estado de necesidad justificante requiere el conocimiento de la situación de necesidad y la finalidad de evitar el mal mayor. Al igual que en las restantes causas de justificación, el elemento subjetivo puede estar acompañado de otras intenciones o de otros estados anímicos, sin que ello sea relevante, siempre y cuando exista la finalidad de evitar el mal mayor. Tampoco interesa aquí que el mal mayor se haya evitado efectivamente, bastando con que la conducta típica se muestre *ex-ante* (desde el punto de vista del necesitado en el momento de actuar) como adecuada para evitarlo.

2) *Mal.* Por "mal" debe entenderse la *afectación de un bien jurídico*, que puede ser del que realiza la conducta típica como de un tercero o incluso del mismo que sufre el mal menor.

El mal puede provenir de cualquier fuente, es decir, humana o natural, entre las que cuentan las propias necesidades fisiológicas, como la sed o el hambre. El hambre da lugar a un caso particular que se conoce como "hurto famélico". La miseria es una fuente de necesidad, que está considerada como una de las pautas generales para atenuar la cuantía de la pena en el derecho penal común (art. 41 C.P.), pero siempre que no reúna los requisitos del inc. 3 del art. 34, en cuyo caso configurará un estado de necesidad justificante.

3) El mal debe ser *inminente*, respecto de lo cual cabe repetir lo que hemos dicho respecto de la legítima defensa: inminente es el mal que puede producirse en cualquier momento, sin que lo sea únicamente el que se habrá de producir dentro de un segundo.

4) El mal amenazado debe ser *inevitable de otro modo menos lesivo*, lo que no está exigido expresamente por la ley, pero se deriva de la naturaleza de una situación de necesidad, porque, de ser evitable de otro modo menos lesivo, el mal causado no sería necesario.

5) El mal causado debe ser *menor* que el que se quiere evitar. El mal menor se individualiza mediante una cuantificación que responde fundamentalmente a la *jerarquía de los bienes jurídicos en juego y a la cuantía de la lesión amenazada a cada uno de ellos*. La jerarquía de los bienes en abstracto nos la proporciona la tabulación de la parte especial, pero la magnitud de la afectación a cada uno de ellos debemos determinarla en cada caso atendiendo a las penas conminadas y a la extensión concreta del daño o peligro. Si bien el mal amenazado siempre debe ser inminente, lo cierto es que hay grados de proximidad del peligro, que deben tomarse también en cuenta, como también la consideración de la afectación en relación a las condiciones personales de los titulares consideradas objetivamente.

En algunos casos particulares no resultará sencillo determinar cuál es el mal menor. De cualquier manera, en los casos en que los males sean vidas humanas, el estado de necesidad justificante no podrá amparar nunca a la conducta homicida, porque una vida humana siempre vale para el derecho tanto como otra, no pudiendo cuantificarse los males tampoco por el número de vidas humanas en juego, porque aunque sea una vida sacrificada para salvar mil, lo

cierto será que esa vida ha sido usada como medio y, conforme a los principios de respeto a la dignidad humana, el derecho no puede tolerar que nadie sirva como medio, ni siquiera para salvar a otro. De allí que los casos en que los males que choquen en la situación concreta sean vidas humanas, no pueda imponerse otra solución que el estado de necesidad inculpante o el cumplimiento de un deber jurídico, en el marco del derecho penal militar de excepción.

6) La *ajenidad del autor a la amenaza del mal mayor* implica que el mismo no se haya introducido por una conducta del autor en forma que, al menos, hiciera previsible la posibilidad de producción del peligro. Cuando esto haya sucedido, el autor se hallará excluido del tipo permisivo y actuará antijurídicamente, sin perjuicio de que pueda hallarse eventualmente en un estado de necesidad inculpante, en cuyo caso, al igual que en la provocación suficiente en la legítima defensa, no habrá otra solución que imputarle el resultado a título culposo.

7) Una de las condiciones fundamentales del estado de necesidad justificante es que el agente no se halle obligado a soportar el riesgo que importa la amenaza de producción del mal mayor, lo que cobra importancia fundamental en el campo del derecho penal militar. El militar no puede, en principio, ampararse en el estado de necesidad justificante, puesto que se halla garantizando la conservación del bien jurídico que afecta. Nuestra jurisprudencia ha entendido —correctamente— que quien se halla obligado a sufrir un daño no es “extraño” al mal amenazado.

Cabe aclarar que no cualquier obligación jurídica puede dar lugar a la exclusión del tipo permisivo de estado de necesidad, sino sólo la que le hace perder al sujeto su condición de “ajeno” al mal que le amenaza, lo que configura una particular relación ju-

rídica que debeemerger de su posición garantizadora del bien jurídico que lesiona.

Es obvio que el militar, ante el peligro para su persona, no puede ampararse en el estado de necesidad justificante y cometer un abandono de servicio. No obstante, ello no implica que en otros supuestos no pueda actuar amparado en esta causa de justificación. Así, por ejemplo, cometerá una acción típica del art. 705, C.J.M., el militar que sin autorización asuma o retenga un mando ante un ataque imprevisto, cuando de no hacerlo se correría el riesgo de causar un grave perjuicio al servicio o a la seguridad. Si bien es cierto que no media en el caso una autorización para asumir o retener un mando, el caso debe encuadrarse dentro de los supuestos de *consentimiento presunto*. Es obvio que nadie puede introducirse en la casa del vecino contra la voluntad de éste, para arreglar una cañería que está inundando el sótano, pero, si el vecino se halla ausente y la inundación puede producir un daño grave, cabe pensar que mediará un consentimiento presunto por parte del vecino, desde que cualquiera de nosotros se sentiría agradecido por tal comportamiento solidario. Con mayor razón, en el ámbito jurídico-militar, cabe presumir la autorización cuando media una emergencia que no da oportunidad para solicitarla, en cuyo caso resulta menor la lesión al servicio o la disciplina consistente en asumir o retener el mando, que la lesión que en caso contrario sufriría la defensa nacional. Hay por lo tanto en el supuesto de este ejemplo, conducta típica del art. 705, C.J.M., justificada por el estado de necesidad.

El emprendimiento de una operación de guerra con tropas a sus órdenes, cuando no haya una necesidad bien manifiesta de hacerlo constituye un delito militar (art. 706, C.J.M.), pero tal emprendimiento, en el supuesto de existir la mencionada necesidad ma-

nifesta, no es un caso de justificación por estado de necesidad, sino que se trata de una conducta atípica por cumplimiento de un deber jurídico.

VI. OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

§ 335. El inc. 4 del art. 34, C.P., dice: "El que obrare en el legítimo ejercicio de su derecho. . .". El ejercicio de un derecho tiene para algunos el carácter de una causa de justificación. En realidad, es menester formular una serie de distinciones. En principio, ejercen sus derechos todos los que realizan conductas que no están prohibidas. Esto surge claramente del principio constitucional de reserva: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". No sería necesaria ninguna disposición del C.P. o el C.J.M. para establecer esta verdad tan simple. Si la ley penal menciona el ejercicio de un derecho, es porque se refiere al caso en que haya un precepto permisivo especial para autorizar en una circunstancia determinada la realización de una conducta típica, es decir, prohibida.

En este sentido, *no puede considerarse esa mención como una causa de justificación o precepto permisivo, sino como el enunciado genérico que remite para su solución a cualquier parte del ordenamiento jurídico, donde se halle al respectivo precepto permisivo*.

§ 336. En el ámbito jurídico-militar no es común que proliferen causas de justificación, dada la restricción que sufre el campo de la tipicidad permisiva a expensas del ensanche de la atipicidad conglobante.

Sin embargo, puede afirmarse que, dentro de ciertos límites, el superior jerárquico tiene un cierto derecho de corrección sobre el inferior, al margen de las propias sanciones disciplinarias establecidas en el C.J.M. y que se halla consagrado por la costumbre e impuesto por la misma organización de las fuerzas armadas, que justifica ciertas conductas que fuera del contexto jerarquizado y correctivo podrían ser consideradas como leves abusos de autoridad o injurias de muy leve entidad. Debemos tener en cuenta que algunas de las mismas sanciones disciplinarias tienen un carácter que de hecho es infamante, tales como las fajinas ("recargo en los trabajos de limpieza del cuartel o establecimiento militar o en cualquier otro trabajo material de utilidad para el servicio", art. 574, C.J.M.), y no puede negarse al superior, cuando el hecho no tenga a su juicio la gravedad configuradora de una falta de disciplina *stricto sensu*, la facultad de amonestar verbalmente al inferior con finalidad correctiva. Por supuesto que, como en cualquier otra causa de justificación, cuando el hecho no persiga finalidad correctiva alguna, la conducta del superior no estará justificada, dado que faltará el aspecto o tipicidad subjetiva de la misma.

VII. LA ANTIJURIDICIDAD MENOR.

§ 337. En función de la remisión general del art. 510 del C.J.M., opera también en su ámbito la disposición del art. 35 del C.P.: "El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia".

Este precepto ha dado lugar a las interpretaciones más dispares en la doctrina nacional. Por nuestra

parte, creemos que sólo caben dentro de este precepto los casos de conductas que comienzan siendo justificadas y se prolongan en el tiempo, ya fuera del amparo del tipo permisivo, por haber cesado sus caracteres, es decir, que creemos que abarca únicamente el llamado *exceso extensivo*, pero no abarca el llamado *exceso intensivo*, que sería el que tiene lugar cuando la conducta lesiona con *intensidad innecesaria* y que es aceptado por algunos autores nacionales.

Nos parece inadmisible qué el art. 35, C.P., contempla cualquier supuesto en que falte alguno de los caracteres de una causa de justificación. Nuestro C.P. no elige el llamado sistema de la "justificación incompleta", que es el que sigue el C.P. español, por ejemplo, sino el del exceso en la justificación, que es otra cosa. Hay justificación incompleta cuando falta algún requisito de la justificación, en tanto que hay exceso en la justificación cuando se pasan los límites de la misma. Para "exceder los límites" de algún ámbito es necesario haber estado antes dentro de ese ámbito. Quien en ningún momento estuvo dentro del tipo permisivo, en modo alguno puede exceder sus límites. No excede los límites de la legítima defensa quien contesta un cachetazo con un obús, sino que nunca estuvo dentro de los límites de la defensa legítima y jamás puede pretender que se le aplique el art. 35, C.P. El que nunca ha estado en situación de necesidad, no puede exceder los límites de la necesidad: no excede los límites de la necesidad el que asume un mando sin autorización, teniendo la posibilidad de solicitarla, sin que la demora produzca aumento alguno del peligro. Tampoco excede los límites de la defensa o de la necesidad el que provoca la situación de defensa o de necesidad, sencillamente porque siempre ha estado fuera de las situaciones típicas permisivas de defensa o de necesidad. Sólo puede exceder los lími-

tes de la necesidad el que alguna vez estuvo dentro de la necesidad.

La ley penal argentina no requiere error, ni emoción violenta, ni ninguna otra forma de culpabilidad disminuida, siendo arbitrario —e inconstitucional— sumarle al art. 35 un requisito cualquiera de menor culpabilidad, que este artículo no contiene. Se trataría de una *integración analógica* de la ley penal *in malam partem*. Por ende, la única explicación que tiene el art. 35 del C.P. emerge de su propia letra: *porque la conducta de que se ocupa el art. 35, C.P. fue en algún momento conforme a derecho*. Así, quien es agredido a puñetazos y se defiende de la misma manera, dando siete puñetazos en respuesta a los que está recibiendo, y tres más cuando el otro ya ha cesado de darle puñetazos, realiza una conducta típica de lesiones (y sólo una) que queda parcialmente cubierta por el tipo permisivo: queda cubierta en cuanto a los siete primeros puñetazos, pero no en cuanto a los tres últimos. Es lógico que esta conducta sea menos antijurídica, tenga un menor contenido de injusto, que la de otro que encuentra a alguien de quien no le gusta la cara leyendo el diario en una esquina y le da diez puñetazos. *Es más antijurídica la conducta que comienza y termina siendo antijurídica, que la que comienza siendo conforme a derecho y termina siendo antijurídica.*

En cuanto al alcance del art. 35, si bien su enunciado parece ser muy amplio, en realidad se refiere exclusivamente a conductas que comienzan siendo conforme a derecho, es decir, aquellas que están justificadas o que se realizan en cumplimiento de un deber jurídico, no pudiendo referírselo a ningún otro de los restantes supuestos del art. 34, C.P.

§ 338. En cuanto al exceso en el cumplimiento del deber jurídico en el ámbito militar, éste rara-

mente caerá dentro de las previsiones del art. 35, C.P., por efecto de la remisión del art. 510, C.J.M., dada la especial tipificación penal que de tales excesos extensivos hace el propio C.J.M. y que, obviamente, limitan la remisión del art. 510 del C.J.M., tal como acontece con las previsiones de los arts. 639, 640, 702, 704, 706, 707, 741, 754, 746 incs. 2 y 3, 770, etc.

Por otra parte, es lógico que el C.J.M. no beneficie el exceso extensivo lesivo en el cumplimiento del deber jurídico-militar, por la misma naturaleza y fundamento del derecho penal militar: justamente, si la ley penal militar se funda en la necesidad tremenda, es deber ineludible del militar cuidar de limitar su cometido de contenido lesivo al estricto límite que le impone esa necesidad.

En cuanto a la naturaleza de las conductas que están contempladas en el art. 35, C.P., creemos que se trata de conductas dolosas, cuyo autor únicamente “será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”, expresión que pone de manifiesto que la ley no califica a tales conductas como culposas, sino que *remite a tales penas*, como podía haber remitido a otras penas menores, tal como lo podía haber hecho a la escala disminuida del art. 44, C.P. (tentativa).

§ 339. La afectación de la disciplina militar por el superior en los casos en que medie, por parte de éste, una provocación suficiente contra el inferior, da lugar a un injusto menor por parte del inferior que a causa de tal provocación incurra en delito. Así, el art. 516 dispone: “Se considerará como atenuante de vías de hecho contra el superior, de la irrespetuosidad y de la insubordinación, la circunstancia de haber sido ellas precedidas, inmediatamente, de un abuso de autoridad por parte del superior contra el cual

se cometieren". Según las circunstancias y la gravedad del abuso cometido por el superior, la ley autoriza a disminuir la pena aun por debajo del límite mínimo legal: "En estos casos ... podrá aplicarse hasta el mínimo de la pena correspondiente, y aun la inmediata inferior, según las circunstancias". Es obvio que, en estos casos, el superior, que es garante de la disciplina, la ha lesionado con la provocación que implica el abuso de autoridad y, por consiguiente, debe disminuirse el contenido injusto del acto del inferior que reconoce como origen ese injusto precedente del superior.

Debe quedar claramente establecido que este artículo prevé la atenuante en función del menor injusto cuando se trata de una provocación del superior, pero no cuando se trata de una legítima defensa del inferior contra el superior, caso que configura una causa de justificación. La disposición legal es de una claridad meridiana, porque prevé el supuesto en que el delito haya sido "inmediatamente" "precedido" por un abuso de autoridad del superior: una agresión precedente es una agresión pasada en el momento de la reacción lesiva y, por consiguiente, esa lesión nunca puede ser hecha "en defensa", sino que ella misma es una agresión, desde que no puede haber defensa contra una agresión pasada (precedente).

Hay otro supuesto en el C.J.M. en que la provocación del superior alcanza una entidad tal que el bien jurídico-militar desaparece de la consideración jurídica de la conducta del inferior. En casos en que la provocación del superior llega a límites inadmisibles, la violación lesiva de la disciplina finca en la provocación del superior y la que puede agregar el inferior es tan infima que no se toma en cuenta como tal, salvo que constituya delito, caso en el cual el bien jurídico-militar —que no se ha afectado con el injusto del inferior— no se toma en cuenta y entra en considera-

ción sólo el bien jurídico tutelado por el C.P., conforme al cual se juzga al sujeto. Tal acontece cuando el inferior es injuriado en tal forma que no se le puede exigir que permanezca impasible ante la afrenta del superior. Por ello, el art. 660, C.J.M., dispone que "si el maltrato de obra al superior tuviere lugar por haber sido el inferior ofendido en su honra como marido, padre o hermano, se le impondrán las penas del Código Penal, de acuerdo a la naturaleza del hecho cometido". Dado que, quien en el caso lesiona la disciplina militar es el superior con su injuria provocadora del trance lesivo, lo lógico es que, tal como lo dispone la ley, éste quede sometido sólo a la tutela del C.P., sin que quepa considerar afectación alguna del bien militar por el inferior.

Capítulo XV

LA CULPABILIDAD DEL INJUSTO

I. CONCEPTO DE CULPABILIDAD.

§ 340. La culpabilidad es uno de los capítulos más apasionantes del derecho penal y, por ende, uno de los más discutidos.

Su concepto general ya lo hemos dado: es la reprochabilidad del injusto al autor. *¿Qué se le reprocha?*: el injusto. *¿Por qué se le reprocha?*: porque no se motivó en la norma. *¿Por qué se le reprocha no haberse motivado en la norma?*: porque le era exigible que se motivase en ella. *Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta, porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella.* Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho.

Este concepto de culpabilidad es un concepto de carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese.

§ 341. El concepto normativo de culpabilidad es el resultado de una larga evolución doctrinaria que termina por volver a los principios aristotélicos.

Hemos visto que una conducta está justificada

cuando el derecho le concede al autor un permiso para que en esa circunstancia actúe de esa manera. Hemos visto también que la conducta justificada sólo está permitida, pero no está fomentada y menos ordenada por el derecho. Hay en ello una suerte de resignación ante la fatalidad de una situación fáctica conflictiva en el máximo grado, en la que no se tiene otro remedio que admitir una conducta que viola la norma prohibitiva. En la inculpabilidad la situación es aún peor, porque ni siquiera se trata de un permiso, el derecho no puede allí ni siquiera permitir la conducta, sino que únicamente no le puede exigir al sujeto que no haya hecho lo que hizo, que no haya cometido el injusto. La conducta queda siendo un injusto y tiene todos los efectos que de un injusto se derivan, tanto para el derecho penal como para otras ramas del derecho. *Ante la conducta inculpable puede haber una legítima defensa o cualquier otra causa de justificación, caben las reparaciones civiles, las sanciones administrativas, etc.* Cuando media una legítima defensa, un estado de necesidad o cualquier ejercicio legítimo de derecho, la conducta queda justificada para todo el orden jurídico y ninguna consecuencia puede haber de ella para su autor por parte de ninguna rama del ordenamiento; pero cuando media una conducta que sólo es inculpable, lo único que se excluye es el reproche jurídico-penal de la conducta. La viuda de quien agredió antijuridicamente y murió como consecuencia de una acción de defensa legítima, no puede reclamar al autor indemnización alguna, pero la viuda de quien fué muerto por un loco puede hacerlo, porque en este caso hay un injusto.

En la justificación hay una situación conflictiva que el derecho debe resolver dando un permiso, porque de no hacerlo resultaría perjudicado su objetivo general. En la inculpabilidad hay una situación

en la que sólo se excluye el reproche porque al autor no se le puede exigir otra cosa, pero reconociendo perfectamente que su conducta afectó la finalidad general del orden jurídico.

§ 342. En un derecho penal que, como corresponde en general a nuestro orden jurídico, se basa en la concepción del hombre como persona, necesariamente no puede haber responsabilidad penal sin reprochabilidad.

El principio de que "no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor", debe fundarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse; si leemos nuestro C.P., y nuestro C.J.M., veremos que no resiste el más superficial análisis de sus disposiciones desde un punto de vista determinista. Si suprimimos la libertad de la voluntad veremos que ambos códigos son inexplicables. En primer término queda claro que nuestra C.N. se nutre de una concepción claramente liberal, que excluye toda interpretación determinista. El sostenimiento del culto católico, la coloca en una línea cristiana que coherentemente con las garantías individuales, es contraria a cualquier concepción determinista del hombre. El inc. 1 del art. 34 del C.P. excluye la responsabilidad cuando el sujeto no pudo comprender la antijuridicidad de su conducta. El orden de los delitos de la parte especial del C.P. y la general estructura heredada de Feuerbach son totalmente contrarios a toda pretensión biologista o mecanicista de entender al hombre.

La culpabilidad sólo puede edificarse sobre la base antropológica de la autodeterminación como capacidad del hombre. Cuando se suprime esa base, desaparece la culpabilidad, sea que se le reemplace por la peligrosidad —como hacía el positivismo italiano—,

sea que se la reduzca a una relación psicológica, lo que no es culpabilidad sino el aspecto interno del injusto. En cualquiera de ambos casos la culpabilidad como tal desaparece.

Por definición "culpabilidad" es un concepto normativo, un juicio de reproche que se le formula al autor. En alemán se habla de *Schuld*, que es "culpabilidad" y "deuda", y en castellano la voz "deuda" conserva el sentido de culpabilidad en el Padrenuestro. Hay claramente, en la misma etimología del concepto, una idea de normatividad que no puede eliminarse, salvo que se quiera eliminar la culpabilidad misma, lo que dará por resultado un derecho penal de peligrosidad, cuyo burdo materialismo ingenuo lo ha desacreditado completamente y que nuestra legislación positiva jamás admitió.

§ 343. Por otra parte, es menester tener en cuenta que lo que se le reprocha al autor es el acto, es decir, su *injusto*, y no su personalidad.

Para aclarar esto es menester precisar qué se entiende por culpabilidad de acto y por culpabilidad de autor. En la culpabilidad de acto se entiende que lo que se le reprocha al hombre es su acto en la medida de la posibilidad de autodeterminación que tuvo en el caso concreto. Dicho más brevemente, la reprochabilidad de acto es la reprochabilidad de lo que el hombre hizo. En la culpabilidad de autor se le reprocha al hombre su personalidad, no lo que hizo, sino lo que es.

La tesis de la responsabilidad de autor es aristotélica, pero, como tal, es una teoría ética, que no puede trasladarse sin más al derecho penal, porque con ello se olvidaría que Aristóteles hacía ética y no derecho. Aristóteles no estaba limitado por el art. 19 de la C.N. en su parte de principio de reserva. Aristóteles

no escribió su "Etica Nicomaquea" partiendo de que debía observar en todo momento que nadie está "obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe". Este principio no rige en el campo de la moral, pero rige como base para todo el derecho penal, en forma tal que cuando lo abandonamos el derecho penal deja de cumplir su función de seguridad jurídica y pasará a pretender cumplir cualquier otra (la defensa de la superioridad de la raza, de la dictadura del proletariado, etc.), aunque en realidad estará cumpliendo la función de apuntalar a quienes detentan el poder conforme a su arbitrio.

Dicho en un claro ejemplo: el sujeto pendenciero habrá adquirido esos hábitos de frecuentar tabernas y prostíbulos, por ejemplo; esta conducta es claramente atípica, pero cuanto se le reprocha su "conducción de la vida" que desemboca en un homicidio, se le está reprochando su conducta anterior de frecuentar tabernas y prostíbulos, es decir, el reproche de la conducción de la vida es el reproche de conductas anteriores atípicas que el juez considera contrarias a la ética. *La culpabilidad por la conducción de la vida es el más claro expediente para burlar la vigencia absoluta del principio de reserva y extender la culpabilidad en función de un "actio inmoral in causa"* por vía de la que se pueden llegar a reprochar los más íntimos actos del individuo. Pocos conceptos pueden ser más destructivos para una sana concepción del derecho penal.

Como si con lo expuesto la teoría no resultase ya suficientemente aberrante, cabe agregar otro claro argumento: la personalidad del hombre se integra con caracteres adquiridos mediante vivencias o conductas anteriores, pero también con elementos heredados, es decir, con elementos que provienen de una carga genética recibida. Un reproche de la personali-

dad implica un reproche de la carga genética, es decir, el reproche de algo que es absolutamente extraño a cualquier conducta del sujeto.

§ 344. A la luz de las disposiciones de nuestro C.J.M., particularmente atendiendo al sistema de agravantes y atenuantes que el mismo establece (arts. 515 y 519, C.J.M.), en el que desempeña un descollante papel la motivación, pocas dudas caben de que es imposible admitir otra idea de la culpabilidad distinta de la normativa.

§ 345. La reprochabilidad requiere que al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. Tanto en el caso último como en el anterior, se exige que la posibilidad de motivarse en la norma se halle por sobre un umbral mínimo de exigibilidad.

Este umbral mínimo de exigibilidad no se alcanza, y por ende, la culpabilidad se encuentra excluida, cuando no le es exigible al sujeto la comprensión de la antijuridicidad, supuesto, que puede darse porque carece de suficiente capacidad psíquica para ello (inimputabilidad) o porque se halla en un estado de error acerca de la antijuridicidad (error de prohibición).

La culpabilidad requiere:	la exigibilidad de la posibilidad de comprender la antijuridicidad que falta cuando	el sujeto no tiene capacidad psíquica para ello (primer supuesto de inimputabilidad).
	y cuando se halla en error invencible sobre la antijuridicidad (error de prohibición).	
	y que conforme a las circunstancias, su ámbito de autodeterminación se halle sobre un umbral mínimo, lo que no sucede cuando	media necesidad inculpante.
		inexigibilidad de otra conducta motivada en la norma, en los casos contemplados en la parte especial.

Igualmente, el umbral mínimo de exigibilidad no se alcanza cuando el autor se halla en estado de necesidad inculpante ("amenazas de sufrir un mal grave e inminente", art. 34, inc. 2, C.P.); en los diferentes supuestos de inexigibilidad de una conducta diferente, motivada en la norma, que se halla en la parte especial; o en la imposibilidad de dirigir la conducta conforme a la comprensión de la antijuridicidad emergente de incapacidad psíquica, que es otra forma de imputabilidad.

II. LA POSIBILIDAD EXIGIBLE DE COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD.

§ 346. Una de las condiciones para la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica es que el autor haya tenido la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, es decir, que a nadie puede reprochársele haber cometido un injusto si no ha tenido la posibilidad de comprender que la misma es contraria al derecho. La ley no exige que el autor haya comprendido efectivamente la antijuridicidad, sino que le basta *con que haya podido hacerlo*, es decir, que una de las bases fundamentadoras de la culpabilidad es la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad.

§ 347. Por "comprender" no puede entenderse sólo conocer. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión. Si nosotros nos vamos a África a estudiar una comunidad africana y permanecemos en esta tarea de antropología de campo durante algunos meses, describiendo cuidadosamente las pautas sociales y jurídicas de conducta de esa comunidad, comprobando que son polígamos, que practican el talión,

que se tratan las enfermedades con ungüentos que les proporciona el brujo y con bailes, etc., cuando regresamos a nuestro país daremos unas conferencias explicando las pautas de conductas —las normas— que hemos visto aplicar y probablemente escribamos un libro acerca de lo mismo, pero no nos casaremos con siete mujeres, ni le cortaremos la mano a quien quiere quitarnos la billetera en el tren subterráneo, ni nos curaremos la gripe con ungüentos mágicos y bailes. Habremos conocido las normas, pero no las habremos "internalizado" o "introyectado", es decir, no las habremos hecho parte de nuestro propio equipo psicológico. En lugar, cuando salimos de nuestra casa y vemos a una vecina anciana que se cruza con nosotros la saludamos y no la golpeamos, porque hemos internalizado o introyectado las normas de conducta que nos indican que debemos ser corteses con los ancianos y respetar su debilidad.

Comprender implica, pues, conocer y también internalizar, porque la internalización requiere el conocimiento previo. En este sentido de comprender como internalizar, se hace evidente que la mayoría de los autores de injustos no han comprendido la antijuridicidad. Quien asalta un banco a mano armada parece demostrar con ello que no ha comprendido bien la prohibición de robar, o quien mata a otro tampoco parece haber comprendido suficientemente la de matar, porque de haber internalizado esas prohibiciones se hubiesen abstenido de robar o de matar. Mal puede la ley exigir una comprensión efectiva de la antijuridicidad, porque ella casi nunca se da. En lugar, lo que la ley requiere, y está dado en la mayoría de las veces, es la posibilidad de comprender la antijuridicidad.

No a todo el mundo se le puede exigir en la misma medida la comprensión de la antijuridicidad. Hay casos en que la exigencia es mayor que en otros. Ello

depende del esfuerzo que el sujeto hubiese debido hacer para comprender —internalizar—, la norma. Circunstancias personales y sociales, o bien la constelación de ambas, nos revelarán el grado de esfuerzo del sujeto, que estará siempre en relación inversa con la reprochabilidad: *cuanto mayor sea el esfuerzo que el sujeto deba hacer para internalizar la norma, tanto menor será la reprochabilidad de su conducta, y viceversa.*

Sintetizando:

- I. "Comprender la antijuridicidad" significa "conocerla e internalizarla".
- II. La culpabilidad se conforma con una posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, no requiriendo una efectiva comprensión del injusto, que en la mayoría de los casos no existe o es imperfecta.
- III. El grado de esfuerzo que el sujeto debía haber realizado para internalizar los valores jurídicos y motivarse en ellos es inverso al grado de exigibilidad y, en consecuencia, al de reprochabilidad (culpabilidad).

§ 348. La posibilidad de comprensión presupone una posibilidad de conocimiento, que eventualmente puede llegar a ser un conocimiento efectivo en el caso concreto. Hasta aquí no hemos dicho en qué consiste esta posibilidad de conocimiento, es decir, cuál debe ser el objeto del conocimiento.

La doctrina es acorde en afirmar que no se requiere un conocimiento o posibilidad de conocimiento de la ley misma, el que en forma efectiva no es tenido ni siquiera por los juristas. Lo que se requiere es la posibilidad del conocimiento que se caracteri-

zó como "valoración paralela en la esfera del profano", que es la posibilidad de conocimiento análogo al efectivamente requerido respecto de los elementos normativos de los tipos legales. No obstante, con esto tampoco dejamos sobre qué debe versar este conocimiento paralelo, que es el conocimiento aproximado que tiene el profano.

§ 349. A este respecto *hay una diferencia notable entre el derecho penal común y el derecho penal militar*, que es necesario precisar: en el derecho penal común se requiere que el sujeto haya conocido o podido conocer que su conducta era contraria al derecho (antijuridicidad) con *relevancia penal*, en lugar, en el derecho penal militar, sólo basta con que el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer la antijuridicidad, *sin que se exija que haya podido conocer la relevancia penal de la misma*.

Esta diferencia surge de lo siguiente: el inc. I del art. 34, C.P., exige que el autor haya tenido la posibilidad de comprender la *criminalidad* del acto, y "*criminalidad*" no es simplemente "*antijuridicidad*", sino "*antijuridicidad penalmente relevante*", porque *antijurídica* es cualquier conducta contraria al derecho (civil, administrativo, comercial, laboral, etc.), en tanto que "*criminalidad*" es esa *antijuridicidad* cuando tiene relevancia criminal (es decir, penal).

Así, en el derecho penal común argentino, al extranjero que ignora que el adulterio está incriminado, dado que en su país —como en casi todos— sólo es un ilícito civil, no se le puede exigir que comprenda la "*criminalidad*" de su conducta y, por consiguiente, falta una de las bases fundamentales para la culpabilidad (reprochabilidad). De este modo, el sujeto no será penalmente responsable pese a que conocía que su conducta era *antijurídica*, puesto

que el adulterio —aquí como en todo el mundo— es una causal de divorcio, es decir, que es un ilícito civil (viola el art. 50 de la ley 2393 de matrimonio civil).

En Alemania Federal, por ejemplo, se resolvió que un estudiante que se apoderó de un libro de una librería, creyendo erróneamente que el hurto de uso no era delito, pues lo hacia con la intención de usarlo y restituírlo, igualmente había cometido un injusto culpable, puesto que no ignoraba que era contrario a la ley civil, pero conforme a la ley penal argentina, el estudiante no sería culpable, porque no habría conocido la "criminalidad" de su acto, que es lo que exige el inc. 1 del art. 34, C.P.

En el derecho penal militar argentino, tal como lo hemos dicho, no es necesario que el autor haya conocido —o podido conocer— la criminalidad, sino que basta con que haya conocido o podido conocer la antijuridicidad. En los ejemplos dados, si en lugar de aplicar el criterio que rige en el derecho penal común, hubiera que aplicar el que rige en el derecho penal militar argentino, el extranjero sería culpable y el caso del estudiante habría que resolverlo como lo resolvió la jurisprudencia alemana, es decir, considerándolo también culpable.

A primera vista, parece que la disposición del art. 34, inc. 1, del C.P. puede aplicarse en el ámbito jurídico-penal militar, por la remisión del art. 510, C.J.M., pero, sin embargo, una disposición especial del C.J.M. altera fundamentalmente la cuestión; se trata del inciso 2 del art. 515 del C.J.M.; estima que constituye un atenuante, o mejor dicho una causa de atenuación de la responsabilidad, la circunstancia de "no haberse leído o hecho conocer al imputado las disposiciones de las leyes penales militares a los individuos de tropa, con anterioridad a la co-

misión del hecho, y siempre que éste encuadre en alguna disposición de esas leyes".

Esto indica claramente que el desconocimiento de la relevancia penal militar de la conducta sólo es un atenuante, lo que importa una modificación al inc. 1 del art. 34, C.P., que pasa al derecho penal militar, por imperio del art. 510, C.J.M., con esa modificación, cuando el C.J.M. hace excepción a esta modificación del criterio que rige en el derecho penal común, y al igual que éste, requiere el conocimiento de la criminalidad, lo requiere expresamente, como en el supuesto del art. 690, que exige que su prescripción sea leída o dicha en alta voz.

Consiguientemente, del juego armónico de los arts. 34, inc. 1, del C.P., 515, inc. 2, y 510 del C.J.M. resulta lo siguiente, que el militar:

de cualquier jerarquía que haya podido conocer la antijuridicidad, es culpable (art. 34, inc. 1);

de tropa que haya podido conocer la antijuridicidad, pero no la criminalidad, es igualmente culpable, aunque se atenúa su culpabilidad (art. 515, inc. 2);

de cualquier jerarquía, sólo excepcionalmente no es culpable cuando no haya podido conocer la criminalidad (p. ej. art. 690);

§ 350. La diferencia entre el C.P. y el C.J.M. es perfectamente explicable, puesto que en la vida civil es lógico que no tenga iguales consecuencias que alguien conozca que una conducta es un ilícito civil, o que sepa que se trata de un ilícito penal, en tanto que *en la vida militar es primordial que todos cumplan con sus deberes jurídicos*, siéndole reprochable a cualquiera normalmente que los viole sabiendo o pudiendo saber que es un ilícito, sin que tenga relevancia si sabe que el ilícito es penal o administrativo, con tal que sepa que es un ilícito, es decir, con tal que sepa o pueda saber que está violando su deber militar.

Siendo de la esencia de la institución militar —como condición necesaria para su eficacia— que se cumpla con los deberes militares, es lógico que sólo en forma excepcional se le reconozca eficacia eximente a la ignorancia no vencible de la penalización de la infracción a esos deberes, cuando el militar sabe o puede saber que infringe deberes.

Resulta también prudente, que la ignorancia de la penalización sólo sirva como atenuante para la tropa, porque es natural que cuanto mayor es la jerarquía militar, mayor sea la exigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por parte del autor. *Tal es lo que refleja el art. 521, C.J.M., que, por un lado, agrava el injusto penal militar en relación directa con la jerarquía militar del autor, dado que esa jerarquía dota al autor de una mayor capacidad para la afectación de bienes jurídicos militares, pero, por otro lado, también aumenta la culpabilidad del autor, no sólo por el mayor injusto, sino también porque al militar de mayor jerarquía se le exige una mayor comprensión de la antijuridicidad que al de menor jerarquía. (Es mayor la lesión que a la seguridad nacional puede causar el injusto de un oficial ge-*

neral que el de un soldado de tropa, pero también le es más exigible al oficial general una cabal comprensión de la antijuridicidad de su acto, que la que le es exigible al soldado de tropa).

En la legislación penal militar comparada suele reconocérsele incluso una mayor eficacia dirimente, al desconocimiento de la penalización, respecto de los de menor jerarquía y escasa instrucción militar, que para nosotros sólo tiene eficacia atenuante. Así, por ejemplo, el C.J.M. chileno dispone que “excepto en los casos de insubordinación y deserción, el recluta recién alistado, o conscripto recién llamado al servicio, se hallará exento de penas exclusivamente militares durante el período de un mes desde su primera incorporación al ejército. Durante ese período se le harán conocer las leyes penales militares” (art. 207, C.J.M. chileno).

III. LA INADMISIBILIDAD DE OTRO CRITERIO INTERPRETATIVO.

§ 351. Sostener otra posición, según la cual la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad no sería presupuesto necesario de la culpabilidad en el delito militar, es tesis inadmisible.

En primer lugar, tal tesis sería intolerable por inconstitucional: el requisito de la ley anterior —y la consiguiente prohibición de la retroactividad de la ley penal— obedece a que en un sistema republicano, esto es, en un derecho racional, a nadie puede reprochársele que haya hecho lo que no podía saber que era materia de reproche, de modo que el principio de culpabilidad se implica en el de legalidad, por responder a un común fundamento racional: *el nullum crimen sine proeria lege penale se deriva de ningún cri-*

men sin reprochabilidad y ambos se requieren mutuamente.

Por otra parte, resultaría totalmente contrario a la razón suponer que al individuo de tropa que desconoce la punibilidad (o penalización) de su conducta se le atenúa la pena (porque la pena se le atenúa al que se supone que no conocía "las leyes penales militares"), aun cuando hubiese sabido que violaba un deber militar (pero haya creído, por ejemplo, que no era un delito militar sino una mera falta de disciplina) y, al mismo tiempo, que no sea ni siquiera atenuante no haber podido saber (y menos comprender), lo que es más elemental para reprocharle su acción, es decir, que su acción era contraria al deber.

Semejante interpretación sería aberrante: el que ni siquiera pudo saber que su conducta era violatoria de un deber jurídico militar sería tan punible como el que lo sabía perfectamente, sólo que algunos individuos que lo sabían plenamente se beneficiarían con una atenuación si no hubiesen sabido que era punible. La ignorancia de la punibilidad podría ser atenuante, aun conociendo la prohibición en tanto que la ignorancia invencible de la prohibición misma carecería de toda eficacia.

Es obvio que aun cuando la ley sea defectuosa, una interpretación racional, acorde con los postulados de los arts. 1, 18 y 19 de la C.N., impone el rechazo de semejante entendimiento simplista de la cuestión.

IV. LA INEXIGIBILIDAD DE COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD PROVENIENTE DE INCAPACIDAD PSIQUICA.

§ 352. Cuando el sujeto no puede comprender la antijuridicidad de su conducta típica y antijurídica

porque se lo impide una incapacidad psíquica, nos hallamos en uno de los casos que la doctrina llama de *inimputabilidad*. La *imputabilidad penal es la capacidad psíquica de culpabilidad*. Puede faltar: a) porque el sujeto sea psíquicamente incapaz de comprender la antijuridicidad (supuesto que ahora veremos), o b) porque no pueda adecuar su acción a la comprensión de la antijuridicidad (supuestó que veremos más adelante).

Inimputabilidad, por	incapacidad de comprensión de la antijuridicidad.	Elimina la culpabilidad porque cancela la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad.
	incapacidad para autodeterminarse conforme a la comprensión de la antijuridicidad.	Elimina la culpabilidad porque estrecha el ámbito de autodeterminación del sujeto.

§ 353. La fórmula de la inimputabilidad se halla en el C.P. y, a este respecto, no hay alteración alguna en el ámbito jurídico-militar, pues la remisión genérica del art. 510, C.J.M., se opera sin obstáculo alguno.

§ 354. La incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad tiene como base necesaria una perturbación de la conciencia. Hemos visto que en los casos de "inconsciencia" no hay voluntad y, por ende, no hay conducta. En lugar, los casos en que la

conciencia funciona pero perturbadamente, pueden dar lugar a otras incapacidades psíquicas de delito, pero, si no se han dado incapacidades más profundas, es decir, si la perturbación de la conciencia no ha motivado una ausencia de dolo, nos encontramos con la posibilidad de una ausencia de culpabilidad.

La conciencia es una función sintetizadora, o mejor, un concepto clínico, con el que se sintetiza el funcionamiento de toda la actividad psíquica. La conciencia no pasa de ser un concepto práctico en el sentido psiquiátrico de la expresión, quizás indefinible en una fórmula general, pero para la labor diagnóstica resulta eficaz, afirmando que no se halla perturbada cuando el sujeto parece ofrecer al interrogatorio un cuadro de comportamiento en que los aspectos intelectuales y afectivos de su psiquismo se hallan armónicamente dispuestos, permitiéndole mantener un adecuado contacto y adaptación con el mundo objetivo. A todo el complejo funcional que desemboca en la conciencia se le llama *sensorium*, pero, por mucho que repasemos los tratados de psiquiatría, veremos que no hay una definición satisfactoria del mismo, expresando un conocido especialista que "si bien es un concepto claro, no se lo puede definir bien". Creemos que no es un concepto fácilmente definible, porque se trata de una impresión clínica más que de un concepto abstracto disponible.

La diferencia entre lo normal y lo patológico es muy discutible y, en definitiva es algo reservado a los psiquiatras, sin contar con que el concepto de "normalidad" se halla profundamente desestimado, hasta el punto de que algunos psiquiatras prefieren hablar de una norma "corresponsiva": lo "normal" lo es para cada quien, sin que pueda establecerse una norma general.

No es el concepto de "normalidad" el que nos sirve, sino que, a los efectos de la imputabilidad, de lo

que tiene que darnos cuenta el psiquiatra es de las características psíquicas que dificultaron o facilitaron la comprensión de la antijuridicidad en el momento de la realización del injusto. Cuanto mayor sea la perturbación de la conciencia que el psiquiatra y el tribunal observen, mayor será el esfuerzo que el sujeto debió hacer para comprender la antijuridicidad y, consiguientemente, menor ha de ser la reprochabilidad. El objetivo del peritaje o peritación psiquiátrica es, precisamente, dar al tribunal una idea de la magnitud de ese esfuerzo, que es lo que incumbe al juzgador valorar para determinar si excedía el marco de lo jurídicamente exigible, y por ende, si es reprochable.

§ 355. Debe tenerse en cuenta que la imputabilidad es una característica de la conducta que depende de un estado del sujeto. Por ende, la capacidad psíquica de culpabilidad hay que medirla respecto de cada delito. Hay estados patológicos, es verdad, en que cabe presumir que esa incapacidad que generan opera en cualquier delito, pero hay otros padecimientos, como la oligofrenia, por ejemplo, que en su grado superficial —debilidad mental— pueden generar una incapacidad psíquica para ciertos delitos que exigen una capacidad de pensamiento abstracto más o menos desarrollada para comprender la antijuridicidad (como pueden ser ciertos delitos de negligencia o de desobediencia), en tanto que el mismo sujeto conserva capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de otras conductas cuya valoración depende de datos mucho más concretos (la vía de hecho homicida contra el superior, por ejemplo). Por supuesto que en medio de un brote esquizofrénico se habrá perdido la capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de cualquier conducta, al igual que en un delirio bien sistematizado, porque aquí no se trata de una dismi-

nución de facultades mentales, sino de una quiebra de la relación con el mundo objetivo, que en el delirio parece seguir, pero que en realidad está totalmente tenida por la interpretación delirante.

§ 356. El efecto que apareja incapacidad psíquica de culpabilidad es la perturbación de la conciencia y la causa de la perturbación puede ser la "insuficiencia de las facultades" o la "alteración morbosa de las facultades" (art. 34, inc. 1, C.P.).

CAUSA	
perturba- ción de la conciencia por:	insuficiencia de las facultades o
	alteración de las fa- cultades.
EFFECTO	
imposibilidad de comprender la anti- juridicidad de la conducta o	
de dirigir las acciones conforme a esa comprensión.	

§ 357. La insuficiencia de las facultades no necesita tener origen morboso. Así, una disminución de la atención proveniente de falta de sueño y agotamiento, no es morbosa sino "normal", pero puede dar lugar a inimputabilidad. Lo mismo cabe decir de cier-

tos estados crepusculares, entre dormido y despierto, que todos atravesamos diariamente, habiendo individuos y circunstancias en que se prolongan un poco más, sin que ello tenga carácter morboso.

Es criteriosa nuestra ley cuando menciona por separado la insuficiencia de las facultades y la alteración morbosa, porque de este modo da entrada a la insuficiencia no patológica sin necesidad de forzar los conceptos, como sucede en otros países en que se ha construido un verdadero concepto jurídico de "enfermedad mental" o de "demenzia".

Dentro de la insuficiencia de las facultades caben todas las oligofrenias, es decir, los casos en que hay una falta de inteligencia congénita o producida por detención del desarrollo, que reconocen tres grados (profundo, medio y superficial, llamados tradicionalmente idiocia, imbecilidad y debilidad mental), a condición de que no provoquen una incapacidad más profunda. También pueden generar incapacidad las demencias, que son otra forma de insuficiencia, las psicosis endógenas —esquizofrenia— y psicosis maníaco-melancólicas o exógenas, que son las provocadas por las más variadas enfermedades orgánicas.

Debe quedar claro que las alteraciones morbosas de las facultades son, en definitiva, un supuesto más de insuficiencia, pero hace bien la ley en precisarlo por separado, porque hay afecciones de la mente que producen un aumento de ciertas facultades, como por ejemplo la "taquipsíquia", que es una ideación muy rápida, tanto que el sujeto no llega a completar las ideas que expresa, pero estas alteraciones "en más" siempre resultan finalmente en detrimento del funcionamiento armónico del psiquismo, de modo que invariabilmente se traducen en una insuficiencia. De cualquier manera, la expresión usada por separado no deja lugar a dudas acerca de la amplitud de los fenómenos

psíquicos que nuestra ley admite como fuente de perturbación de la conciencia capaz de generar una incapacidad de comprensión de la antijuridicidad.

Algunos padecimientos mentales han causado y causan serias dudas, debiendo esclarecerse su funcionamiento en cuanto a su relación con la capacidad psíquica de delito y particularmente con la capacidad psíquica de culpabilidad. El que desde más antiguo ha llamado la atención fue el delirio, es decir, la llamada otrora "locura razonante" que ha generado tremendas dudas debido al estado aparentemente lúcido del sujeto y a la relación en apariencia normal que guarda con el mundo objetivo, excepción hecha de la temática delirante. El delirante padece en realidad una tremenda alteración de toda su relación con el mundo, puesto que su centralización ideativa tifie todo lo que ve a través de su interpretación arbitraria del mundo. En otros tiempos se pretendió que a su respecto había que admitir la teoría de la "parcialización de la conciencia", es decir, que si un individuo padecía un delirio que le hacía creer que tenía una pierna de vidrio, y mataba a quien quería golpearle la pierna, era inimputable, en lugar, si por ejemplo, libraba un cheque sin fondos, era imputable. Semejante teoría pasa por alto que el delirio altera toda la conciencia y no solamente la parte de que concierne a la temática delirante. Esto no debe confundirse con la explicación que hemos dado respecto de algunas oligofrenias, que pueden hacer al sujeto inimputable para ciertos delitos y no para otros: la oligofrenia es como un largavistas que no tiene poder suficiente para dejarnos ver objetos muy lejanos y muy pequeños, pero el delirio es un largavistas que puede ser potente, pero que tiene los vidrios de color, lo que nos hará distorsionar todo lo que veamos.

Otro de los problemas que sigue preocupando a la ciencia penal es el de las llamadas *psicopatías*. La psiquiatría no define claramente qué es un psicópata, pues hay grandes dudas a su respecto. Dada esta falla que proviene del campo psiquiátrico, no podemos decir cómo trataremos al psicópata en el derecho penal. Si por psicópata consideramos al sujeto que tiene una atrofia absoluta e irreversible de su sentido ético, es decir, un sujeto incapaz de internalizar o introyectar pautas o normas de conducta, el psicópata no tendrá capacidad para comprender la antijuridicidad de su conducta y, por ende, será un inimputable.

Las neurosis, que algunos llaman "enfermar por causas psíquicas" y otros no las consideran enfermedades, por lo general no dan lugar a inimputabilidad. No obstante, toda neurosis tiene un núcleo problemático y provoca una alteración de la personalidad, pudiendo en determinadas constelaciones situacionales que tocan directamente al núcleo problemático de la misma, dar lugar a un estado del sujeto en que se le haga sumamente difícil la comprensión de la antijuridicidad de su conducta. Esto debe manejarse con sumo cuidado y tener en cuenta la potencialización de ciertas tensiones y situaciones conflictivas particularmente prolongadas, como suele suceder en una acción de guerra prolongada, especialmente si se suma a ello un tremendo agotamiento físico.

En cuanto a las toxicofrenias, el problema es muy amplio. En general, la conducta realizada durante un episodio de intoxicación aguda protagonizado por un individuo que puede calificarse de toxicofrénico, es decir, que tiene incorporado el tóxico a su forma de vida, especialmente cuando lo tiene incorporado a su metabolismo en forma que no puede prescindir de él sin padecimiento físico, es un claro caso de inimputabilidad, en que ni siquiera puede pensarse en

la responsabilidad por tipicidad culposa de la conducta de intoxicarse, puesto que el sujeto es inimputable también por esa conducta, porque si bien tendrá la capacidad de comprender la antijuridicidad, no tiene la de dirigir sus acciones conforme a esa comprensión.

V. EL CASO PARTICULAR DEL MIEDO COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD.

§ 358. El art. 10, inc. 10, del C.P. de la Marina de Guerra española de 1888 consignaba que el miedo insuperable no tenía efecto eximente alguno en los delitos y faltas militares, lo que fue seguido por el actual C.J.M. de España (art. 185, inc. 1), que sólo lo releva para los paisanos, pero jamás para los militares. En nuestro C.J.M. no hay ninguna disposición análoga, de modo que no se alteran los principios generales de la imputabilidad penal respecto del miedo.

Ya nos ocupamos del valor militar y de su concepto jurídico-penal al tratar de la ausencia de acto, de modo que nos remitimos allí para todo lo que a ella se refiere (v. § 221 y 222).

Es indiscutible que cuando el miedo tiene un origen patológico puede ser perfectamente una causa de inimputabilidad (un caso de fobia, por ejemplo), pero también puede serlo cuando tenga un origen vivencial normal, que responda a un peligro externo objetivo, y que la circunstancia sea tan temible que pese a la formación, instrucción y especial capacitación del militar, no le sea exigible jurídicamente que lo supere. Al militar, por su especial preparación, puede exigirse que supere el miedo en mayor medida que al civil y, por consiguiente, reprocharle que no lo haga e incluso considerar agravante esa circunstancia (tal como lo hace el inc. 11 del art. 519, C.J.M.), o penarle

cuando por cobardía se deje arrebatar un convoy de heridos, armas o municiones (art. 749, C.J.M.), o que en alguno de los siniestros mencionados en el art. 781, con gritos u otras manifestaciones o actitudes, produjera pánico, desaliento o desorden a bordo. Hemos visto que incluso puede dársele muerte en el acto, aun cuando el sujeto estuviese en un estado de inimputabilidad, si eso resulta imprescindible para evitar una catástrofe en el marco del derecho penal militar de excepción fundado en la necesidad terrible.

§ 359. No obstante, también cabe señalar —tal como ya lo hemos hecho— que el militar es un ser humano al que sólo puede exigirse una mayor presencia de ánimo frente al peligro, en razón de su formación y conocimientos, pero sería completamente absurdo pretender que el militar supere el miedo que ningún sistema nervioso podría tolerar sin caer en un trastorno mental transitorio. El valor militar exige que éste, frente al peligro, aplique serenamente su conocimiento y experiencia para conjurarla, aun corriendo riesgos personales considerables, pero todo lo demás puede ser necesidad (como en el caso del flemático oficial inglés que durante una apresurada retirada se empecinó en que su compañía se detendría a desayunar, lo que le valió que todos cayesen prisioneros), suicidio o heroísmo.

Este último, por éticamente valioso que sea, no puede ser jurídicamente exigible, y prueba de esto último es que, en caso contrario, no tendría sentido alguno el premio al heroísmo, porque a nadie se lo premia cuando se limita a hacer lo que la ley le impone.

Respecto del miedo, como de cualquier otra causa de inimputabilidad en el ámbito penal militar, no es dable aceptar que el derecho penal militar altere los

principios generales del derecho penal común. Simplemente, tal como no podemos concebir que un médico, por miedo ante la visión de la sangre, deje morir a su herido, no concebimos tampoco que un militar, ante el peligro de una acción bélica, reaccione cobardeamente. Puede comprenderse que haya que tranquilizar a un testigo ante el tribunal, pero no lo comprendemos si se trata del juez, del fiscal o del defensor.

§ 360. La psiquiatría de guerra ha esclarecido suficientemente los problemas disciplinarios y penales militares que acarrean las distintas patologías y ciertas personalidades anormales (v. Ruiz Funes, p. 186), siendo la única solución el perfeccionamiento de los servicios de sanidad militar, exigiendo de los médicos militares el máximo de cuidado en la selección y admisión del personal militar, haciendo efectiva la siguiente responsabilidad en el supuesto del art. 737, C. J.M., porque a nadie puede exigírselle que haga lo que su patología le impide hacer. Sostener que el campo de la imputabilidad es más amplio en el derecho penal militar que en el común, importaría tanto como afirmar que el derecho penal militar se mueve en un terreno de ficciones, en el que hace capaces a los incapaces, inteligentes a los oligofrénicos, valientes a los fóbicos, maduros a los neuróticos, equilibrados a los desequilibrados, cuando la realidad impone que, dada la delicadísima tarea que incumbe a la institución, sea deber de su personal médico y de los superiores, vigilar el comportamiento de sus integrantes, para excluir de inmediato a quien presente signos patológicos que puedan importar un peligro, o que su determinada constelación situacional pueda desencadenar un trastorno mental transitorio o, al menos, destinarlos en forma tal de evitar tales extremos, cuando los rasgos patológicos de la conducta no sean tan marcados.

VI. LOS MENORES.

§ 361. Al igual que en el derecho penal común, quedan fuera del derecho penal militar los menores de catorce años, sin excepción alguna (art. 515, inc. 9), lo que importa una causa personal de exclusión de pena, dado que en ningún caso podrá admitirse la prueba de la imputabilidad de un menor de 14 años.

Respecto de los mayores de 14 años y menores de 18, el C.J.M. reconoce a esa edad evolutiva como una circunstancia atenuante y prevé que, en caso de que como consecuencia del delito o de la pena, el menor sea excluido de la institución militar, sea remitido a los tribunales ordinarios a los efectos de la aplicación de la legislación pertinente, que eran los arts. 37 y 39 del C.P. en su redacción original. Dichos artículos perdieron vigencia el 29 de marzo de 1955, en función de las disposiciones de la ley 14.394 que podría considerarse de aplicación, por ser más benigna que los precipitados artículos del C.P., pero en la actualidad, en que la ley 21.338 cometió el inexplicable error de rebajar la edad de la plena responsabilidad penal de los menores en el derecho común a los 16 años, los tribunales ordinarios no pueden hacer aplicación de este régimen a los menores de 18 años y mayores de 16, que les fuesen remitidos por los tribunales militares por delito militar, sino que debe entenderse que los arts. 37 y 39 del C.P., en su sanción original, quedan incorporados al C.J.M., y que a ellos deberán atenerse en tales casos los tribunales civiles. Mientras no sea modificado el C.J.M., con la actual redacción de la ley 14.394, la aplicación de esta ley resultaría una integración analógica de la ley penal militar que, como es lógico, está constitucionalmente vedada.

VII. EL ERROR DE PROHIBICIÓN.

§ 362. Vimos, al estudiar el dolo, que el error que recae sobre los elementos que son exigidos en el tipo objetivo es el *error de tipo*, que invariablemente excluye la tipicidad dolosa de la conducta. Agregamos que cuando el error de tipo es invencible elimina cualquier tipicidad, en tanto que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, en caso de que los extremos de la misma estén dados.

El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se llama *error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta*. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza.

§ 363. El error de prohibición siempre impide la comprensión de la antijuridicidad cuando es invencible, pero, a veces lo hace porque afecta a la posibilidad de conocimiento de la misma, en tanto que en otras, hay conocimiento de la antijuridicidad, pero no puede exigirse la comprensión de la misma. Esta segunda forma del error de prohibición es el error de comprensión, es decir, el error que impide la internalización o introyección de la norma, por mucho que la misma sea conocida.

§ 364. En líneas generales, el *error de prohibición* puede ser:

	<i>directo</i> , cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva	
I. Error que afecta el conocimiento de la antijuridicidad, que puede ser:	<i>indirecto</i> , que recae sobre la permisión de la conducta, y que puede consistir en	la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga, o en la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada (justificación punitiva).

II. Error de comprensión, que afecta la comprensión de la antijuridicidad.

Ejemplos: I. *El error que afecta al conocimiento de la antijuridicidad* es *directo* cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva (el soldado que cree que sólo debe obediencia a su superior inmediato; el que ignora que está prohibido abandonar el buque en caso de siniestro; etc.); o *indirecto*, cuando recae sobre la permisión de la conducta, pudiendo consistir en la falsa creencia de un precepto permisivo no existente en la ley (el militar que cree tener el derecho de corrección que la ley no le reconoce), o bien, en creer erróneamente que está dada una situación de justificación que no existe en la realidad (el que se cree agredido y sólo se trata de una broma).

II. El *error de comprensión* es el que afecta la comprensión, pero no el conocimiento de la antijuridicidad (suponiendo que tener hojas de coca para mascar fuese delito —que no lo es—, sería el caso del indígena que masca coca desde niño y no puede internalizar la norma que prohíbe su tenencia).

Efectos del error de prohibición, de cualquier clase que fuere	si es invencible	elimina la culpabilidad y el injusto no llega a ser delito.
	si es vencible	reduce la culpabilidad y hay delito, pudiéndose sólo reducir la pena hasta el mínimo legal establecido para el delito de que se trate.

§ 365. Cabe recordar que *no puede identificarse al error de prohibición con el error de derecho*. La clasificación del error en error de derecho y error de hecho (*error juris* y *error facti*) está desprestigiada y, si queremos compararla con la de error de tipo y de prohibición, así como el error de tipo no es lo mismo que el error de hecho, el error de prohibición tampoco es igual al error de derecho, porque la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada, es decir, la llamada “*justificación putativa*”, es un error de hecho (el sujeto cree que lo agrede y le es-

tán jugando una broma, cree que el incendio le amenaza porque está encerrado y no está encerrado) y, no obstante, es un error de prohibición.

Respecto de la denominación “*justificación putativa*”, cabe precisar que la misma es corriente, pero no debe promover equívocos: *la llamada justificación putativa es una causa de inculpabilidad motivada en el error que impide la comprensión de la antijuridicidad de la conducta*.

VIII. VENCIBILIDAD E INVENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.

§ 366. El art. 34, inc. 1, del C.P. emplea la palabra “*no imputable*” para denotar lo que actualmente se denomina en doctrina el error “*invencible*”. Si bien la palabra “*imputable*”, por mucho que se reconozca que se usa en sentido amplio, puede ofrecer dudas y dificultades, lo cierto es que la expresión “*vencible*” —como su antónima “*invencible*”— implica un cambio de palabras pero deja subsistente la problemática, porque no aclara mucho acerca de la exigibilidad de una conducta exenta de error. Error vencible será aquel que puede exigirse al autor que lo supere, e invencible su contrario, pero no es muy esclarecedor el planteo, porque no se puede dar reglas fijas y generales.

Estamos seguros de que no es posible dar reglas fijas que sean útiles en los casos límites, puesto que la exigibilidad de comprensión, o sea, la vencibilidad del error, es cuestión que deberá determinarse en cada caso, teniendo en cuenta las características personales, profesionales, el grado de instrucción, el medio cultural, la oscuridad de la ley, las contradicciones de las resoluciones judiciales o administrativas al respecto,

etc. Como en cualquier límite de culpabilidad, no es posible sentar reglas que pasen por alto las particularidades individuales.

§ 367. Por supuesto que no cualquier error sobre la antijuridicidad, motivado en la no realización de un cierto esfuerzo por parte del sujeto para posibilitar la comprensión, puede sin más dar lugar a una inculpabilidad, especialmente en un ámbito, como el jurídico militar, en el que es de fundamental importancia el cumplimiento de los deberes militares, como condición necesaria para la eficacia institucional de las fuerzas armadas. Toda la culpabilidad —como que su esencia es la de un reproche jurídico— está signada por una cuestión de grados, que debe ser cuidadosamente valorada por el tribunal, el que no puede perder de vista que no es idéntico el grado de esfuerzo que para la comprensión de la antijuridicidad debe realizar un soldado analfabeto que el que debe realizar un oficial.

Es obvio que el error de prohibición, como cualquier otra eximente, siendo invencible, debe ser acreditado procesalmente como tal, sin que pueda —bajo concepto alguno— bastar su mera invocación, particularmente cuando la jerarquía o el grado de instrucción del sujeto crean una seria presunción en su contra. Sin embargo, aun en estos casos, puede acontecer —tanto en la vida militar como en la civil— que en una cuestión jurídicamente compleja, el sujeto haya sido mal aconsejado por parte de alguien con formación letarda especializada, en cuyo caso no puede exigirse mayor diligencia.

IX. EL ERROR DE COMPRENSIÓN.

§ 368. El error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad hemos visto que es un error de prohibición, sea directo (cuando recae sobre la norma prohibitiva misma) sea indirecto (cuando recae sobre la permisión de la conducta). No obstante, puede haber casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce.

Si nosotros visitamos la casa de un esquimal y su ocupante quiere agasajarnos ofreciéndonos a su mujer perfumada con orines, nos resultará bastante difícil recibir el agasajo, y aunque sepamos que el anfitrión tomará esto como una ofensa, se nos hará muy arduo internalizar la pauta de conducta que evite la injuria que le inferimos. Si un juez esquimal tuviese que juzgarnos por la injuria cometida, difícilmente podría exigirnos que hubiésemos internalizado esa pauta de conducta. De la misma manera, el indígena de una comunidad que tiene desde siglos sus propios ritos para los funerales y sepelios, incurrá quizás en una tipicidad contravencional al violar las reglamentaciones sobre inhumaciones, pero es muy duro exigirle que abandone todas esas pautas para recibir las nuestras y reprocharle que no lo haya hecho. Nosotros cometiendo injurias al rechazar a la mujer perfumada con orines en la sociedad esquimal, y el indígena violando las disposiciones sobre inhumaciones en nuestra sociedad, estaremos en supuestos de errores de comprensión, porque no se nos podría exigir la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta, en el sentido de internalizar las normas. En estos supuestos estaremos en un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión.

§ 369. Admitir la posibilidad del error de comprensión no significa que la validez del derecho quede librada al arbitrio individual, sino que claramente debe tratarse de casos excepcionales, por lo general más raros en el derecho penal militar que en el común, dado que no hay en nuestro territorio diferencias culturales tan acentuadas que lo hagan frecuente.

No obstante, no puede descartarse su posibilidad, como acontece en los supuestos en que mediase un verdadero condicionamiento cultural, teniendo en cuenta que conforme a la ley vigente puede ser sometido a la disciplina militar cualquier ciudadano en caso de servicio obligatorio. Ni el derecho penal militar ni el común pueden reprocharle a un sujeto que haga lo que sus antepasados, desde muchas generaciones, *sencillamente porque tampoco puede exigirle que deje de hacerlo de un día para otro.*

§ 370. Nadie puede ignorar que la institución armada requiere una disciplina muy rígida, a la cual debe responderse integrándose dentro de una comunidad jerarquizada, cuyas pautas son más severas y en gran medida distintas de la comunidad civil, lo que hace que no sea nada sencillo para sujetos jóvenes, provenientes de grupos culturales diferenciados, como puede ser el ciudadano nacido y criado en el seno de una comunidad extranjera relativamente aislada o tributario de una cultura indígena, cuyos restos aún no se han perdido. La tarea pedagógica y sanitaria tan importante que desempeñan las fuerzas armadas y que redunda en una mayor unidad cultural nacional, como también en un grado más alto de nivel sanitario de la población, revela que sus mismos cuadros permanentes tienen clara conciencia del problema que el diferente condicionamiento cultural representa, lo que sería absurdo reconocerlo en la empresa positiva de procurar su superación y desconocerlo en el ámbito penal militar.

Si bien los casos serán de excepción, porque afortunadamente nuestra Patria no tiene grupos amplios de cultura indígena foránea no asimilada, ni de selvícolas, comió tampoco porcentajes elevados de analfabetismo, pero la existencia, por cierto que más reducida que en otros países del continente, de minorías culturales no del todo asimiladas, puede plantear eventualmente tales supuestos.

Es fundamentalmente en los individuos de tropa en quienes pueden presentarse los errores de comprensión, porque es notorio que los hay que, sin padecer disminución intelectual alguna ni patología de otra naturaleza, por sus condiciones de vida y su medio social o su casi nula instrucción, tendrán que realizar un enorme esfuerzo hasta comprender el sentido de la disciplina y abarcar conceptos como el de seguridad nacional, que requieren cierta abstracción conceptual, que se va logrando a medida que avanza la instrucción militar y la paralela labor pedagógica de la institución armada.

Es obvio que se trata de grados de exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad, particularmente en los delitos esencialmente militares que, como sucede en toda la problemática de la culpabilidad, se traducen en grados de culpabilidad, que pueden llegar a la inexigibilidad (o invencibilidad del error), lo que dista mucho de ser cuestión de valoración sencilla.

No será común —y hasta es muy improbable— que quien incurre en un error de comprensión culturalmente condicionado (invencible) que acarrea una inculpabilidad, sea en el ámbito del derecho penal militar un sujeto peligroso. Sin embargo, puede ello suceder, porque el sujeto puede caer hasta en una legítima defensa putativa por efecto de un error cultural.

mente condicionado. El individuo de tropa proveniente de alguna región del país en la cual se crea firmemente en el efecto letal de los "payé" y horrorizado encuéntrate en su colchoneta uno de los envoltorios con el pobre sapo sacrificado, bien puede reaccionar contra el autor del "maleficio" en la firme convicción de que necesita hacerlo para evitar un mal terrible sobre su persona y su familia. No se trata de un enfermo mental, sino de un sujeto proveniente de una minoría cultural con una idea de la causalidad completamente distinta de la nuestra, que vivencia al pobre sapo envuelto como nosotros vivenciamos la presencia de un sujeto que nos apunta con un arma. Las vías de hecho contra el de igual grado o contra el superior, que lo haya hecho, creyéndolo o a título de broma, es para él una defensa necesaria.

No podrá en modo alguno exigírselle a este sujeto que tenga conciencia de su antijuridicidad. Sin embargo, puede tratarse de un individuo peligroso que, sin ser inimputable, es inculpable por un invencible error de prohibición.

Lo mismo puede pasar cuando en el convencimiento de que se "cura" a un individuo se practica el terrible "despenamiento", o forma de exorcismo norteña, en que se ha llegado a dar muerte a una persona. Es un grueso error culturalmente condicionado, pero que puede llegar a tener lugar entre individuos de tropa provenientes de un grupo cultural convencido de la eficacia y necesidad de esa práctica. En este caso, el error culturalmente condicionado es un error de tipo y no de prohibición. Ello no quita peligrosidad a los sujetos que han incurrido en tales errores y que no son inimputables, porque su conducta no obedece a ninguna insuficiencia ni alteración morbosa de facultades, sino sólo a error.

§ 371. Pareciera que en tales casos habría que prescindir de la peligrosidad culturalmente condicionada de los sujetos y dejarles libres.

Tal es la objeción que la jurisprudencia de la Capital Federal ha formulado a la tesis del error de comprensión y del error culturalmente condicionado en general (*in re*, Prieto Huanca, sala IIa. C.N.C. y C., abril de 1979). Sin embargo, tal como se dijo al formular la tesis, creemos que el mismo C.P., nos da la solución. El inc. 1 del art. 34 del C.P., prevé la internación de enajenados en su segundo párrafo, pero el párrafo tercero del mismo inciso obliga en todos los demás casos en que procediere la absolución por cualquier otra de las causas del inc. 1, a recluirlo "en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso", lo que presupone, lógicamente, que sea peligroso. Siempre se ha tendido a considerar que esto era una incoherencia, puesto que el párrafo 1, del inc. 1 del art. 34 también incluye al error, pero los casos citados nos revelan que no hay tal incoherencia en nuestro C.P., sino una sana previsión, porque hay sujetos que pueden ser absueltos por error y, sin embargo, ser peligrosos. En tales casos, el derecho penal militar también puede aplicarles una medida de seguridad, por efecto del art. 510, C.J.M., que bien puede consistir en el sometimiento a un tratamiento de incorporación cultural que neutralice su peligrosidad.

X. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.

§ 372. Bien diferente al caso del condicionamiento cultural es el que tiene lugar cuando el error de comprensión proviene de una objeción de conciencia, es decir de una conciencia disidente, lo que plantea

tea una situación límite a todo el derecho penal, en cualquiera de sus ramas.

La "objeción de conciencia", "conciencia disidente", o "autoría por conciencia" es el problema más crítico de todo el derecho.

Como no puede quedar librada la validez del derecho a la conciencia individual, resulta inevitable que el drama de Antígona se repita con honda dramaticidad en el derecho penal. Cualquier derecho penal, común o militar, tendrá que condenar a un cierto número de Antígonas. La autoría por conciencia disidente es la que tiene lugar cuando el autor procede en función de un sistema de valores que le impone como *obligación o deber de conciencia* la comisión del ilícito, sea por un sistema cerrado de creencias religiosas, políticas, etc.

Nuestros tribunales militares han condenado invariablemente por insubordinación a los objetores de conciencia provenientes de la secta religiosa llamada de "Testigos de Jehová", sin relevar la autoría por conciencia. Por supuesto que no puede esgrimirse la autoría por conciencia cuando se trata de ilícitos que bajo ningún concepto pueden ser tolerados, como también cuando la autoría por conciencia provenga, por ejemplo, de la identificación ideológica a una organización subversiva que emplea o preconiza la violencia.

§ 373. No obstante, en ésta como en otras materias, no es desdesible la experiencia extranjera, particularmente cuando se trata de delitos esencialmente militares en que la objeción de conciencia proviene de concepciones pacifistas y antiviolentas. Así, Francia, en 1963 sancionó un estatuto para los "objetores de conciencia", que los destinaba a servicio sin armas, pero su aplicación trajo dificultades prácticas, por lo que en 1971 se reformó el C.J.M. de 1965, estable-

ciéndose que los objetores de conciencia que cometiesen delitos comunes serían sometidos a la ley y tribunales ordinarios, en tanto que los que cometiesen delitos militares serían sancionables por el C.J.M., pero las infracciones por parte de los objetores requieren elementos típicos especiales que no se hallan en los otros, y por otra parte, son juzgados por los tribunales comunes (Cfr. Doll).

§ 374. Quizá *de lege ferenda*, en un país como el nuestro, en que no siempre se ha respetado —desafortunadamente— pero en el que siempre se ha luchado por la libertad de conciencia, bueno fuese reconocerle relevancia en el ámbito penal militar, en los delitos esencialmente militares, cuando las motivaciones sean pacifistas y requerir, para penar por tales delitos a los autores por conciencia, elementos típicos que los saquen del marco de lo tolerable, en forma análoga a la nueva legislación francesa. Es obvio que si bien la vigencia del derecho no puede quedar librada a la conciencia individual, hay objeciones de conciencia que, aunque estamos muy lejos de compartir, no podemos dejar de reconocer que no son aberrantes y repugnantes y, por ende, en limitada medida, pueden ser susceptibles de cierta especial consideración legal. El derecho penal militar —como el derecho en general— estará hecho más a la medida del hombre y fundado en su esencia, cuantas menos veces condene a Antígona, particularmente cuando de ello no se derivan graves perjuicios.

XI. EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE.

§ 375. Todas las causas de inculpabilidad son supuestos en los que no puede exigirse al autor una

conducta conforme al derecho, sea porque no podía exigírselle la comprensión de la antijuridicidad, sea porque pese a esa comprensión no podía exigírselle la adecuación de su conducta a la misma. Nos hemos venido ocupando hasta aquí de los supuestos en que la inexigibilidad —y la consiguiente ausencia de culpabilidad— provienen de la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad. Veremos ahora los supuestos en que la comprensión de la antijuridicidad es jurídicamente exigible y frecuentemente es efectiva, pero, no obstante, no hay exigibilidad de una conducta diferente y adecuada al derecho.

Puesto que reconocemos que la inexigibilidad de una conducta distinta y adecuada al derecho es la naturaleza última de todas las causas de inculpabilidad, nos negamos a reconocer que haya *una* causa de inculpabilidad —legal o “supralegal”— de “inexigibilidad de otra conducta”.

Los supuestos en que la conducta es inexigible en razón de una *situación reductora de la autodeterminación* son, para nosotros, dos: I) el estado de necesidad inculpante o exculpante; II) la incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad, proveniente de causas psíquicas. Nos ocuparemos ahora del primero.

§ 376. Vimos que en el estado de necesidad justificante se requiere que se cause un mal menor para evitar otro mayor. El estado de necesidad exculpante no demanda esta menor cuantía del mal que se causa, y su regulación que se halla en el inc. 2 del art. 34 del C.P., en la parte que dice “el que obrare violentando por... amenazas de sufrir un mal grave e inminente” (aplicable en virtud de la regla del art. 510, C.J. M.).

Este supuesto suele considerarse como limitado a la coacción, es decir, al supuesto en que la amenaza proviene de una conducta humana: “te mato si no matas”. Este supuesto de estado de necesidad inculpante proveniente de la acción de un tercero suele llamarse —además de coacción— “*vis cumpulsiva*”, para distinguirlo de la “*vis absoluta*” o fuerza física irresistible, contemplada en la primera parte del mencionado inc. 2 y que, como vimos, es un supuesto de ausencia de conducta. Considerar que el inc. 2 es en esta parte sólo un supuesto de coacción es algo que no tiene razón de ser en nuestros antecedentes legislativos, como tampoco pretender fundar la eximente referida en el temor. A nuestro juicio nada impide que la amenaza provenga de una fuerza de la naturaleza, ni se exige que el sujeto actúe perturbado por el miedo, bastando con que reconozca la situación de peligro que amenaza.

§ 377. *El estado de necesidad inculpante sabemos que es el que se da cuando entran en colisión males, no evitándose uno de mayor entidad que el que se causa.* La coacción, entendida como la acción de un tercero que amenaza a otro para que cometa un delito, puede ser un estado de necesidad inculpante, pero también puede ser un estado de necesidad justificante: si el mal que se le amenaza no es mayor al que se le requiere hacer causar, habrá un estado de necesidad inculpante; en lugar, si el mal que se le amenaza es más grave que el que se le quiere hacer causar, la coacción será un estado de necesidad justificante. Así, si A amenaza de muerte a B para que mate a C, habrá un estado de necesidad inculpante; pero si A amenaza de muerte a B para que se apodere del reloj de C, el estado de necesidad en que se encuentra B será justificante.

§ 378. Dentro de nuestro esquema, que se maneja con un concepto personal del injusto, es admisible que el interpuesto para la comisión de un acto antijurídico actúe justificadamente. Cuando el obligado actúa justificadamente, el agredido no podrá defenderse legítimamente contra él (porque no se admite causa de justificación contra causa de justificación), pero podrá actuar en estado de necesidad inculpante. Así, cuando A exige a B que mate a C, C podrá defenderse legítimamente contra B y contra A, pues cualquiera de ambos actúa antijurídicamente, siendo irrelevante para los efectos de la defensa legítima que B actúe inculpablemente. En lugar, si A amenaza de muerte a B para que le hurte el reloj a C, C no podrá defenderse legítimamente de B (porque B actúa justificadamente en razón de que el hurto de un reloj es un mal menor que la muerte); de cualquier manera, por supuesto, puede defenderse legítimamente de A.

Los casos de coacción	en que el mal que se amenaza es superior al que se obliga a realizar (<i>coacción justificada</i>).	se resuelven por el inc. 3 del art. 34, C.P. (necesidad justificante).
	en tanto que cuando el mal que se amenaza es equivalente al que se obliga a realizar (<i>coacción inculpante</i>).	se resuelven por el estado de necesidad inculpante del inc. 2 del art. 34, C.P. que además de la coacción contempla las necesidades inculpantes provenientes de hechos de la naturaleza.

§ 379. Dentro de los supuestos de estado de necesidad inculpante que quedan al margen de la coacción inculpante, es decir, que proviene de hechos naturales, cabe mencionar los clásicos ejemplos de la *tabula unius capax* o "tabla de Carneades", de los dos náufragos, uno sostenido por una tabla que sólo tiene capacidad para sostener a flote a una persona y que le es arrebatada por el otro para salvar su vida; o el histórico del "Mignonette" que se dio en Inglaterra en 1884, en que dos náufragos hambreados a muerte mataron y comieron a un tercero, un grumete.

En todos los supuestos de estado de necesidad inculpante, el injusto cometido debe ser una necesidad, es decir, deben ser supuestos en que no se pueda exigir jurídicamente al autor que realice otra conducta menos lesiva.

§ 380. En cuanto al mal amenazado puede serlo para cualquier bien jurídico, pero la ley requiere que sea *grave e inminente*. Por *grave* debe entenderse "grave en su relación al mal causado", pues aquí también se requiere una cierta ponderación de males, y también "grave conforme a las circunstancias personales del amenazado", puesto que no cualquier nimiedad da lugar a una inculpabilidad. En cuanto a la *inminencia*, debe entenderse por tal el requerimiento de que el mal pueda producirse en cualquier momento y en forma tal que no deje posibilidad temporal de arbitrar otra solución menos lesiva.

§ 381. Uno de los requisitos fundamentales del estado de necesidad exculpante es que el autor no esté obligado a soportar el riesgo del mal que le amenaza. Esta es una cuestión que ha generado gran-

des dudas acerca de la naturaleza de este estado de necesidad y que ha llevado a que últimamente un sector doctrinario llegase a sostener que no hay tal estado de necesidad exculpante, sino que cualquier estado de necesidad es justificante. Este punto de vista es exagerado y pasa por alto que la culpabilidad es siempre de un injusto, o sea que no hay una inculpabilidad fundada en una situación reductora de la autodeterminación que exculpe cualquier injusto, sino que cuanto mayor es el deber violado (mayor injusto) mayor era la exigencia jurídica de no violarlo y más limitativa de la autodeterminación debía ser la situación del sujeto para neutralizar dicha exigibilidad. Un resfro puede hacer que no nos será reprochable la ausencia a una clase, pero no podrá eliminar el reproche por no haber ido al Registro Civil en el día y a la hora del matrimonio. Lo mismo pasa en el estado de necesidad exculpante: como siempre se salva un bien jurídico, hay un injusto menor, por lo cual la inculpabilidad es más sencilla. En razón de que siempre salvamos un bien jurídico, la violación del deber es menos grave y, por consiguiente, la exigibilidad es menor. Pero, en el caso en qué tengamos el deber de afrontar el peligro, aun a riesgo del bien que salvamos, el injusto —y la consiguiente exigibilidad— ya no son menores y, por ende, la misma situación reductora de la autodeterminación ya no será exculpante.

§ 382. Dado que el militar tiene especiales deberes frente a los bienes jurídicos militares, no le amparan como causa de inculpabilidad, ciertas circunstancias que son exculpantes para los civiles. Así, no es culpable del encubrimiento personal el civil al que por su particular relación familiar o afectiva no se le puede exigir que denuncie (art. 279, C.

P.). Sin embargo, esta inculpabilidad no rige para el militar que, en cualquier caso, tiene la obligación de denunciar: "No serán tenidas en cuenta, en ningún caso, las exenciones previstas por aquel cuerpo legal, tratándose de delitos específicamente militares" (art. 187, inc. 2, C.J.M.).

Esto no implica que el estado de necesidad inculpante no opere en ningún caso para el militar. Así, como hay límites en que cesa su deber de capitular, hay casos en los que la coacción le coloca en una necesidad exculpante que elimina cualquier reproche jurídico-penal militar. Un claro caso de *necesidad inculpante por coacción* lo proporciona el art. 753, C.J.M.: "Quedan exentos de toda responsabilidad penal los militares que capitulen o rindan las fuerzas a sus órdenes, obligados por una rebelión o por un motín que no hubieren podido dominar, a pesar de haber empleado todos los medios y recursos a su alcance".

Así también, en los casos de los arts. 800 a 802 se establece una serie de deberes jurídicos, pero los mismos pueden ser violados, dándose el caso de que la violación configure un ilícito inculpable. El comandante que se viere obligado a varar su buque en combate o ante fuerzas enemigas superiores, tiene el deber de agotar los recursos para defenderlo y, en caso de no serle posible, para salvar a la tripulación e inutilizarlo (art. 800, inc. 1). Sin embargo, no será culpable si omite inutilizar el buque, ante la amenaza enemiga de dar muerte a toda su tripulación, ya prisionera del enemigo. El comandante está obligado a no abandonar el buque, en caso de naufragio, siempre que estuviere en condición de flotabilidad y haya probabilidades de salvarlo (art. 800, inc. 4). No obstante, su abandono no será reprochable si se le obliga a hacerlo a punta de pistola, o si lo hace por propia deci-

sión, pero hallándose herido en tal forma que para nada sirva su presencia a bordo. El art. 801 está redactado en tal forma que encierra simultáneamente el deber y la inculpabilidad: "El comandante de un buque o embarcación de la armada que, llegado el caso de abandonarlo no procure ser el último en efectuarlo...". Esto implica que es deber del comandante ser el último en abandonar el buque, pero que sólo debe "procurarlo", significa que su conducta de abandonarlo antes sólo será reprochable cuando tenga algún sentido hacerlo o cuando su presencia no fuese más útil fuera del buque (aunque en este último caso la acción puede ser atípica por el cumplimiento del deber que le impone el inc. 2 del art. 800, C.J.M., es decir que puede haber un aparente conflicto de deberes). El art. 802, C.J.M., reprime a los oficiales que se salven en caso de ser necesario abandonar el buque, usando elementos de a bordo y haciendo abandono de la tripulación del buque naufragado, pero no será culpable la conducta de los oficiales que así lo hagan, cuando la tripulación hubiese incurrido en desobediencia, atribuyendo la orden de abandonar el buque a cobardía de la oficialidad.

§ 383. Igualmente, hemos visto que la obediencia jerárquica, siendo obediencia debida, es una forma de atipicidad por cumplimiento del deber jurídico, pero bien puede suceder que la obediencia jerárquica no sea debida, por cualquiera de las causas que hemos visto que hace cesar el deber de obediencia y, sin embargo, el sujeto se halle coaccionado, encontrándose ante la disyuntiva de matar o morir, por ejemplo, caso en el cual entra a funcionar la necesidad exculpante del inc. 2 del art. 34, C.P., en función de la remisión general del art. 510, C.J.M.

§ 384. Una disposición del C.J.M. que tomada literalmente puede provocar graves equívocos en torno de la necesidad exculpante, es la del inc. 4 del art. 515, que prevé como circunstancia atenuante "hacer carecer a los individuos de las fuerzas armadas de los medios necesarios, para la subsistencia, o de las prendas de vestuario indispensables, siempre que el hecho no fuera general y que el delito reconociere este origen".

Obviamente, que como ya dejáramos dicho en el capítulo II, el derecho penal militar es derecho penal especial en el sentido de ley especial y sus normas deben prevalecer sobre la ley común por razón de especialidad, pero en el presente caso debe entenderse que el inc. 4 del art. 515 no deroga al inc. 2 del art. 34, por cuanto para nada se preocupa de establecer los límites del estado de necesidad, sino que sólo remarca la menor culpabilidad de quienes sin llegar a actuar en situaciones genuinamente necesarias, ven reducido su ámbito de autodeterminación. Queda entonces el inc. 4 del art. 515 del C.J.M., en relación complementaria con el art. 34, inc. 2, del C.P., del mismo modo que en el derecho penal ordinario, la "miseria" del art. 41, C.P., opera en forma complementaria de la necesidad (justificante o exculpante), operando como atenuante siempre y cuando no reúna todos los requisitos de cualquiera de las eximentes por necesidad. La atenuación de la culpabilidad en el inc. 4 del art. 515, C.J.M., es un caso de co-culpabilidad, es decir, que se produce una descarga de la reprochabilidad en la medida en que se dota al sujeto de menores medios para cumplir con el deber y evitar incurrir en el injusto.

XII. LA INCAPACIDAD PSÍQUICA PARA ADECUAR LAS ACCIONES A LA COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD.

§ 385. Hemos visto que el primer supuesto de la inimputabilidad es la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica, en tanto que el segundo supuesto se da cuando la incapacidad psíquica hace inexigible la adecuación de la conducta a la comprensión de la antijuridicidad. Esta segunda hipótesis está contemplada en la imposibilidad de "dirigir sus acciones", de la última parte del párrafo primero del inc. 1 del art. 34, C.P., que, como hemos dicho, puede ser entendida como "incapacidad para dirigir las acciones" a secas (en cuyo caso será un supuesto de ausencia de conducta), o como "incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad", que es el supuesto de inimputabilidad que ahora nos ocupa.

Un círculo de padecimientos particularmente importante como posible fuente de estas incapacidades son las psiconeurosis, es decir, padecimientos que tienen una etiología vivencial y también orgánica tales como las fobias (temores y miedos sin un adecuado estímulo externo proporcionado) o la histeria, siempre que no desemboque en una incapacidad de conducta (parálisis histerica).

Esta incapacidad de culpabilidad se hace evidente en los casos de conducta de carácter compulsivo, en que al sujeto le resulta muy difícil vencer el estrechamiento interno de la autonomía de la voluntad, pese a su notoria conciencia de la antijuridicidad, lo que frecuentemente tiene lugar en el ámbito sexual.

Capítulo XVI

**LAS FÓRMULAS QUE AMPLÍAN LA TIPICIDAD PENAL MILITAR:
LA PARTICIPACIÓN**

I. LA CONCURRENCIA DE PERSONAS EN EL DELITO MILITAR.

§ 386. El Código Bustillo, bajo el rubro de "Complicidad" (capítulo II del libro I, art. 507), incluía únicamente una disposición análoga al actual art. 514, C.J.M. El C.J.M. de 1951, sin alterar el título del referido capítulo, incluyó el actual art. 513, que remite a las reglas generales de la *participación* del C.P. La omisión del legislador en reformar la denominación del capítulo no puede obstar a la remisión que hace en la letra del art. 513, no siendo correcto entender que esa disposición –tan clara– remite tan sólo a las reglas de complicidad y no a las que se refieren a instigación y autoría, sino que "la participación será considerada y reprimida según las reglas del Código Penal" debe interpretarse como remisión a todo el título VII del libro I del C.P., que se halla puesto bajo el rubro "Participación criminal" y que abarca los artículos 45 a 49 del C.P. Este entendimiento de la cuestión queda corroborado con la exposición de motivos, según la cual el art. 513 tiende a procurar una igualdad de soluciones respecto del C.P.

Por otra parte, el art. 513 rige para todos los casos de delitos de jurisdicción militar, lo que excede el marco mismo de los delitos militares, en realidad en forma innecesaria, porque las reglas generales de la participación rigen en los delitos comunes de jurisdicción militar en razón de lo dispuesto por la regla general del art. 523, C.J.M. De cualquier modo, la redundancia en nada altera el principio de que el C.J.M. remite (en función de la disposición general del art. 510 y de la específica del art. 513) a los artículos 45 a 49 del C.P., "salvo los casos expresamente previstos por éste para determinadas infracciones" (art. 513). El requisito del art. 513, C.J.M., en el sentido de que la salvedad sea expresa, impide que en función de la "naturaleza" a que hace mención el art. 510, C.J.M., puedan extenderse analógicamente las excepciones a las reglas de los arts. 45 a 49 del C.P., al menos cuando sea en contra del procesado.

§ 387. El C.P. habla de "Participación criminal". Siempre que hay una concurrencia de personas en cualquier evento, en el lenguaje común hablamos de "participación", aunque podemos distinguir quiénes son autores y quiénes participan sin ser autores. Lo mismo ocurre en el derecho penal, en el que hay un *sentido amplio de participación*, conforme al cual se abarca a todos los *participantes* en el delito, y un *sentido estricto de participación*, que únicamente se refiere a los *participes* en la conducta del autor del delito.

En el sentido amplio de participación, el C.P. rubrica como "participación criminal" el mencionado título VII, que abarca a todos los "participantes", es decir, a los autores, cómplices e instigadores. Por nuestra parte, en lo sucesivo nos abstendremos

de utilizar la voz "participación" en este sentido amplio, limitándonos a señalar con ella el sentido estricto, es decir, abarcando sólo a los cómplices e instigadores, y dejando fuera a los autores.

En este segundo sentido restringido o estricto, "participación" es "participación en la conducta del autor", que puede tener la forma de *instigación* (cuando se decide a alguien a la comisión de un injusto o de un delito) o de *complicidad* (cuando se coopera con alguien en su conducta delictiva).

Concurso de personas en el delito	Autores	
	Participes	Instigadores
	Cómplices	

§ 388. Los conceptos de autor, cómplice e instigador no son conceptos creados por el derecho penal, sino tomados de la vida cotidiana, de la realidad, de lo óntico. El concepto de autor en una conducta de escribir un libro no se diferencia fundamentalmente del concepto de autor en una conducta de escribir una carta injuriosa. Llamamos cómplice al que coopera con el autor, al que le presta ayuda, y el concepto de cómplice en el derecho penal no es distinto del que manejamos cuando nos referimos a los colaboradores en un prólogo y les agradecemos su ayuda. Tampoco el que nos decide con el consejo oportuno, o con un ofrecimiento de dinero a emprender una obra, se distingue, como concepto, del que nos decide a cometer un delito. El que nos ayuda y el que vuela nuestra voluntad hacia una empresa cualquiera, toman el nombre de *cómplice* y de *instigador* respectivamente, cuando se trata de una empresa criminal.

El C.P. no define al autor, al cómplice y al instigador, al menos en forma clara y precisa, sino que se limita a adoptar los conceptos tal como vienen dados de lo óntico, es decir, que respeta la estructura lógico-objetiva que le une a lo óntico en estos aspectos.

Resulta obvio que el C.P. recepta la distinción entre el autor y el cómplice, lo que emerge del art. 47, que es donde usa la palabra "cumplicidad", indicando que cómplice es el que coopera con el autor. Aquí hay un clarísimo reconocimiento de la naturaleza de las cosas en cuanto a la distinción entre autor y cómplice.

No tan claro resulta el concepto de instigador. La instigación es concepto que no se usa en la parte general del C.P. sino en la especial. Así, el art. 83 pena al que "instigare a otro al suicidio" y el art. 99 al que "instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo". No nos dice qué es la instigación, pero por la forma en que usa la expresión en la parte especial deducimos que no altera el concepto semántico de "inducir a alguien a hacer algo".

Usualmente se dice que el concepto de instigador surge en el C.P. de la última parte del art. 45: instigador es el que determina a otro. Es verdad que el instigador determina a otro, pero lo que no es verdad es que todo el que determina a otro es instigador: es claro que Lady Macbeth instiga a su marido a matar al rey y le determina, pero también es claro que quien pone en manos de otro un florete envenenado sin que lo sepa quién lo esgrime, como sucede en Hamlet, le está determinando, pero no le está instigando. En síntesis: *Instigación es una forma de determinación, pero no es la única.*

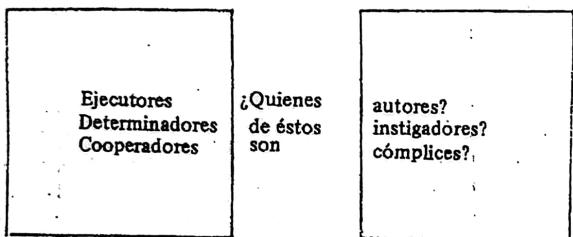
§ 389. El C.P. adopta un método especial para la fijación de las penas, introduciendo una distinción

entre los cómplices, según que éstos sean simples cómplices (llamados "cómlices secundarios" en la doctrina dominante), a los que pena en forma atenuada, o que sean cómplices que en realidad prestan al autor una cooperación imprescindible, pero que no son autores porque no reúnen los requisitos típicos necesarios para serlo (los llamados "cómlices primarios") a los que equipara a los autores en cuanto a la pena. Por otra parte, pena como autor al que se vale de alguien que no domina el hecho (autoría mediata) y crea también un tipo especial para pena al que se vale de otro que no domina el hecho, pero que no puede ser autor porque le faltan los caracteres típicos y que tampoco puede ser instigador, porque falta una conducta de la que sea accesoria la instigación.

Dicho en otras palabras y más gráficamente, si suponemos que el delito es un baile de club de barrio, sabemos que en algunos de estos bailes pagan más los varones que las mujeres, pero también pagan menos los socios que los no socios. Pues bien, nuestro C.P. no desconoce que al baile concurren varones y mujeres, sólo que establece el precio de las entradas por socios y no socios.

A los efectos de fijar la pena, el C.P. se limita, en los arts. 45 y 46, a establecer que la pena del delito se aplicará a los ejecutores, a los determinadores y a los cooperadores necesarios, en tanto que la escala reducida se aplicará a los cooperadores no necesarios.

El ejecutor, el determinador y los cooperadores necesarios y no necesarios, son figuras que crea la ley para individualizar la pena, pero que no niegan la distinción óntica entre autor, instigador y cómplice, sino que es tarea del intérprete averiguar en qué casos o cuáles de esas figuras corresponden a los conceptos ónticos. Se cobra la entrada según sean socios o no socios, y quien quiera saber cuántos concurrentes son hombres y cuántas mujeres, tiene que tomarse la molestia de observarlos y contarlos. Nos corresponde, pues, desmenuzar cada una de estas tres figuras para averiguar, conforme a los datos ónticos, cuáles de ellos son los autores, cuáles los cómplices y cuáles los instigadores.



§ 390. Dado que los conceptos de autor y participante (cómplice e instigador) no son creaciones jurídicas o legislativas, sino que están tomados del plano óntico, es decir, del ser o naturaleza de las cosas, el criterio adecuado para obtener esta distinción surge conforme al llamado *criterio del dominio del hecho*, que es lo que caracteriza al autor en el mencio-

nado plano óntico, que permanece intacto en nuestro derecho penal positivo.

El dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el "sí" y el "cómo" del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto; dicho más brevemente, el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho. Este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y a cada forma concreta de materializar una conducta típica. No puede fundarse en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concretización en el caso efectivamente dado.

Pese a requerir una valoración concreta, el criterio del dominio del hecho, es decir, el criterio según el cual es autor el que tiene el dominio sobre la configuración central del hecho, tiene algunas consecuencias generales que a continuación veremos. No obstante, antes de pasar a ellas, debemos destacar que el criterio del dominio del hecho se rige por aspectos tanto objetivos como subjetivos, puesto que el señorío del autor sobre el curso del hecho, lo proporciona tanto la forma en que se desarrolla en cada caso la causalidad como la dirección que a la misma se le imprime, *no debiendo confundirse con el dolo, porque dolo hay también en la participación (el cómplice y el instigador actúan con dolo), sin tener el dominio del hecho*. Las consecuencias que del principio extraeremos a continuación servirán para aclararnos el concepto.

II. FORMAS DE AUTORÍA.

§ 391. El caso en que un sujeto llene objetiva y subjetivamente los requerimientos de la conducta tí-

pica en forma personal y directa no ofrece ninguna duda acerca de que tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho. Pero puede suceder que también lo haga valiéndose de alguien que no realiza conducta, como cuando el que empuja a otro sobre una vidriera lo hace para cometer el delito de daños contra el comerciante a quien odia. En este caso, puesto que el empujado actúa como una masa mecánica, lo mismo da que haya sido su cuerpo o una piedra, de manera que el que actúa valiéndose de alguien que no realiza conducta, también es autor *directo*, porque realiza directamente la conducta típica.

§ 392. A la forma de autoría llamada *autoría directa*, se contrapone la autoría indirecta o *autoría mediata*, que es la que realiza quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente. El que se vale del actor mediante el revolver cargado, asegurándole que tiene balas de "fogueo", indiscutiblemente que tiene el dominio del hecho, pues el actor "no sabe lo que hace", ya que cree que está representando cuando en realidad está causando una muerte. La autoridad civil que requiere para la detención de un sujeto a un militar, asegurándole que es autor o sospechoso de un delito, cuando sólo quiere vengar una oposición política, se está valiendo del militar que cumple con su deber jurídico de auxiliar a la autoridad civil en la emergencia, para cometer una privación ilegítima de la libertad. La autoridad civil es la que tiene el dominio del hecho, porque se está valiendo del militar que se halla amenazado por una sanción disciplinaria en caso de no prestar la asistencia requerida (art. 679, C.J.M.).

De igual modo, el militar de mayor jerarquía puede impartir una orden que importe la comisión

de un delito. Hemos visto que en el derecho penal militar, si bien no desaparece totalmente el deber de revisión de la legalidad intrínseca de la orden por parte del inferior, éste se encuentra notoriamente restringido, en razón de los requerimientos de la eficacia del servicio, lo que hace que la responsabilidad por el contenido de la orden sea en mucha mayor medida exclusiva del superior (art. 514, C.J.M.), lo que no acontece en el derecho penal común, y que justifica ampliamente que el deber de abstenerse de dar la orden de contenido ilícito sea mayor en el superior jerárquico militar que en el civil, lo que explica la agravación de la pena para el superior cuando determina la comisión de un delito por parte del inferior (art. 522, C.J.M.), agravante que, como veremos, se extiende también por otras razones, a todas las formas de determinación.

El que amenaza de muerte a otro colocándole una ametralladora en la sien para que escriba una carta injuriente a un tercero y la despache, tiene el dominio del hecho en cuanto al delito de injurias, porque si bien el que escribe lo hace con dolo, el que tiene la ametralladora domina el hecho al crear la situación de necesidad para el otro, colocándole en una posición en que el derecho le permite la conducta antinORMATIVA. En otras palabras, tiene el dominio del hecho porque se está valiendo del permiso legal que tiene el otro a raíz de la situación en que él le ha colocado.

§ 393. Sintetizando:

Es autor directo	el que realiza personalmente la conducta típica aunque utilice como instrumento físico a otro que no realiza conducta.	
Es autor mediato	el que se vale de un tercero.	que actúa sin dolo. que actúa atípicamente. que actúa justificadamente.

§ 394. Cuando el determinado es inculpable, el determinador no tiene el dominio del hecho, porque el único que lo configura centralmente es el autor del injusto. El determinador cuenta allí sólo con una probabilidad de que el interpuesto cometa el injusto. El que dice al inimputable con delirio persecutorio que el autor de todos sus males es su vecino, no tiene el dominio del hecho, porque no puede controlar preponderantemente el curso de los acontecimientos. Lo que sucede desde su sugerencia en más ya no está en sus manos.

Puede argumentarse que tampoco tiene el dominio del hecho el que se vale del que cumple con el deber o actúa justificadamente, pero en todos estos casos, cabe considerar que hay dominio, puesto que hay un fundamento jurídico serio (el deber y el permiso) para hacernos presumir que el interpuesto actuará en cumplimiento del deber o en uso del permiso. Pero esto no sucede en los casos en que lo único que prevé el derecho es que no puede reprocharse la conducta al que se le ocurre actuar en su contra.

§ 395. Cabe aclarar que tanto el autor directo como el autor mediato deben reunir todos los carac-

teres que el tipo exige en el autor, es decir que el que se vale de otro para matar a su padre será autor de parricidio (art. 80, inc. 1, C.P.), pero el que se vale del otro para matar al padre de éste, no puede ser autor de parricidio, porque no es el hijo del muerto. Por consiguiente, nunca puede ser autor mediato de un delito militar quien no reviste la calidad de militar, por carecer de las condiciones subjetivas típicas para ser autor.

§ 396. Puede suceder que en un delito concurren varios autores. Si los varios autores concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica como si cinco personas descargaran puñetazos contra una sexta causándole todos lesiones, habrá una coautoría que no admite dudas, pues cada uno de ellos tiene el dominio del hecho en cuanto al delito de lesiones que le es propio. Pero también puede darse que los hechos no se desarrollen de esta manera, sino que haya una división de la tarea, lo que puede provocar confusiones entre la coautoría y la participación.

Así, por ejemplo, si dos individuos se concertan para cometer una exacción ilegal (art. 821, C.J.M.), uno de ellos amenaza con un arma a una persona, en tanto que el otro le requiere que haga algo que les reporta un beneficio patrimonial, hay una división funcional de la actividad típica, en la que cada uno de los participantes es coautor, aunque ninguno de ambos realiza la totalidad de la actividad típica.

La explicación para estos casos se da por el llamado "dominio funcional del hecho", es decir, cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de naturaleza tal que, conforme al plan concreto del hecho, sin ese aporte, el hecho no podría haberse realizado, tenemos un supuesto de coautoría y no un supuesto de

participación. Esto debe juzgarse conforme a cada hecho concreto y teniendo en cuenta el plan del mismo. Así, no puede decirse *a priori* que el llamado "campana" es autor (coautor) o partícipe, sino frente a la modalidad operativa del delito: si el campana facilita la consumación en forma que puede hacerse más rápidamente, será partícipe, pero si sin el campana el hecho no hubiera podido cometerse, será un coautor.

Naturalmente que para que pueda hablarse de coautoría, cada uno de los coautores debe reunir los requisitos típicos exigidos en el autor. Si estos requisitos no se dan, por mucho que haya una división del trabajo y un aporte necesario para la realización conforme al plan concreto del hecho, no puede hablarse de coautoría, porque ésta no es más que una forma de autoría.

La coautoría no necesariamente debe consistir en una tipicidad activa o en una tipicidad omisiva por parte de todos los coautores, sino que bien pueden darse casos en que un coautor incurra en tipicidad activa y el otro en tipicidad omisiva (impropia), como sucede en el caso del art. 744, del C.J.M., en que la tipicidad omisiva de los comandantes o jefes es más grave que la activa de sus subordinados. Análogos supuestos de coautoría activa y omisiva pueden tener lugar en los casos de los arts. 776 y 777, C.J.M., en que uno de los encargados de la custodia de los documentos puede abrirlo y el otro omitir impedírselo.

§ 397. Excepcionalmente, el C.J.M. renuncia a distinguir entre autor y partícipe y considera a todos como autores, aunque luego haga distinciones a los efectos de la pena, en razón del grado de participación, de la jerarquía militar, o de que hayan determini-

nado a sus subalternos, tal como acontece con el delito de rebelión (art. 642), que considera que lo cometan los militares que "promuevan, ayuden o sostengan" al movimiento armado. Tal es uno de los casos de excepción previstos en el art. 513, C.J.M.

§ 398. Salvo supuestos como el mencionado, rige el criterio del dominio del hecho para distinguir al autor del partícipe (cómplice), cuya base dogmática se halla en el art. 45, C.P., el que comienza diciendo que "los que tomasen parte en la ejecución del hecho"..."tendrán la pena establecida para el delito". A *fortiori*, los que ejecutan el hecho tienen la pena del delito. Siendo ello así, ¿quién es el que toman parte en la ejecución? No pueden ser otros que los coautores. Por ende, la figura del ejecutor del art. 45, abarca a quien ejecuta y a quien toma parte en la ejecución, es decir, al autor y al coautor.

§ 399. La distinción entre autor y partícipe sólo puede hacerse cuando se trata de autoría dolosa, porque no tiene sentido en la autoría culposa, puesto que la misma se basa en la *causación*; precisamente el autor culposo es el que *causa* un resultado determinado por una conducta violatoria del deber de cuidado. De allí que como no pueda hablarse de "dominio del hecho", la participación sólo sea admisible en la autoría dolosa, en tanto que en la culposa, todo el que puso una causa, es autor.

No es admisible la participación culposa en delito doloso, ni la participación dolosa en delito culposo, ni la participación culposa en delito culposo. La única participación posible es la dolosa en delito doloso.

Unos ejemplos nos aclararán estos conceptos:

No hay participación culposa en delito doloso: cuando un sujeto presta un arma a su vecino quién le

argumenta que debe regresar tarde y teme algún asalto, no comete ninguna complicidad culposa si el vecino usa el arma para matar a su mujer, sin perjuicio de que pueda haber de su parte una autoría culposa, si se dan los requisitos típicos de la misma.

No hay participación dolosa en delito culposo: si un sujeto le indica a otro que es miope que dispare sobre lo que el miope ve como un bullo y el que le indica ve como una persona, pero le asegura que es un jabalí, es absurdo pretender que hay una investigación dolosa a delito culposo, porque lo que hay es una autoría mediata de delito doloso.

No hay participación culposa en delito culposo: cuando el que va al lado del volante le convence de que viole la norma de tránsito y con ella causa la muerte de alguien, al convencerle ha puesto una causa, y, por ende, no es más que un coautor y no un participante. Cuando un sujeto quiere jugar una broma a otro y le convence de que no hay profundidad en el agua en que nada, sabiendo que el otro no sabe nadar, para lo cual es ayudado por otro desde la costa, que afirma lo mismo, si el que no sabe nadar se arroja al agua y se ahoga, el que está en la costa es tan autor como el que está en el agua, porque ambos han sido causantes del resultado.

Todas éstas son consecuencias necesarias del principio de que *el autor culposo es básicamente el causante y el autor doloso es el que tiene el dominio del hecho*.

III. LOS "DELICTA PROPIA" Y LOS DELITOS DE PROPIA MANO.

§ 400. El principio del dominio del hecho como regulador proveniente del campo óntico, que señala la

diferencia entre el autor y el participante, sufre limitaciones importantes. Estas limitaciones tienen lugar en dos casos particulares: en los *delicta propria* o delitos especiales y en los delitos de *propia mano*.

Hemos visto que son *delicta propria* o delitos especiales aquellos en que el autor necesita reunir ciertos caracteres especiales, típicamente requeridos. Esta categoría de delitos y la limitación al principio del dominio del hecho que implica, es de primordial importancia en el derecho penal militar, porque *todos los delitos penales son delitos especiales*.

Los *delitos de "propia mano"* son más raros, pero no por ello dejan de estar presentes en la legislación penal militar. Son los delitos en que el tipo requiere que sea el autor quien realice personalmente el verbo típico, sin que pueda interponerse a otro, tales como los actos deshonestos de los arts. 765 y 766, C.J.M.

§ 401. *En los delitos militares —como en todos los delitos especiales— no puede haber coautoría funcional, aunque un sujeto haga un aporte que es indispensable para la consumación conforme al plan concreto del hecho, si el autor de ese aporte no es también militar, o si siendo militar, no tiene la función o grado requerido por el tipo.* Si en el ejemplo de la exacción ilegal militar (art. 821, C.J.M.), el que apunta con el arma a la víctima no es militar, pero es militar el que le requiere para que haga lo que le beneficia patrimonialmente, sólo este último será autor, en tanto que el otro —por más que su aporte sea indispensable— no puede ser autor, porque no tiene la calidad de militar, requerida para serlo.

§ 402. *En los delitos de propia mano sucede lo mismo, cuando el que efectúa el aporte indispensable*

no realiza el verbo típico, aun cuando revista el carácter de militar. En los actos deshonestos cometidos por violencia (art. 765, párrafo 2º, C.J.M.), si uno ejerce la violencia y otro practica el acto deshonesto, sólo es autor el que practica el acto deshonesto, pero no el que realiza la violencia, aunque este último haya efectuado un aporte que es indispensable.

§ 403. En ambos supuestos, en que alguien que tiene el dominio del hecho no puede considerarse autor, no habrá coautoría funcional, sino complicidad. Sin embargo, el C.P. les depara el mismo tratamiento que a los autores, siendo casos de la llamada "complicidad primaria" o "complicidad necesaria": los que "prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse" (art. 45, C.P.).

§ 404. En la autoría mediata el supuesto parece ser más grave, porque si el que actúa valiéndose de un militar que no realiza conducta, que actúa atípicamente o que actúa justificadamente, no es militar, o siéndolo no tiene los requisitos típicos necesarios para ser autor, parecería ser que el delito debe quedar impune, porque tampoco puede ser instigador, dado que la instigación, como forma de participación, requiere que haya un injusto principal del que ser accesoria, y como el militar no realiza en esos casos ninguna conducta típica y antijurídica, el que se valió del mismo quedaría impune.

Así, si el presidente de la Nación le imparte a un oficial una orden de contenido ilícito, como que capiture o se rinda sin darse los requisitos legales para que lo haga, y el oficial la cumple en base al deber de obediencia que le incumbe, el oficial actuaría atípicamente, pero la responsabilidad penal militar no po-

dría hacerse efectiva sobre el presidente, porque no reviste el carácter de militar.

Si un militar hipnotiza a otro y en trance hipnótico le hace cometer un acto deshonesto del art. 765, la responsabilidad penal no podría caer a ningún título sobre el hipnotizador, toda vez que no realizó personalmente el verbo típico del art. 765 —lo que le impide ser autor— y tampoco participó en injusto ajeno, porque el hipnotizado no realizó conducta, lo que le impide ser instigador.

Darfa la impresión de que en estos casos se impone la atipicidad penal militar de la conducta, pero también aquí la solución surge de la remisión de los arts. 510 y 513, C.J.M., al art. 45, del C.P.

En efecto: frecuentemente se ha identificado al determinador con el instigador, siendo ello un error. Es verdad que el instigador es un determinador, pero la inversa no es exacta: no todo determinador es instigador. Hay determinadores que son autores, como en el ya comentado caso de la autoría mediata. Pero hay más, pues la fórmula del art. 45 es muy amplia: es determinador y se le aplica la pena del autor a cualquiera que determine a otro a cometer un delito. Esto significa que, además del instigador —que es determinador pero no autor— hay una "autoría por determinación", que opera como un *tipo independiente*, en virtud del cual se le aplica la pena del autor del delito al que no es autor del mismo, sino de la conducta de determinar a otro a la comisión del delito. En tanto que el autor mediato es un *autor por determinación* del delito de que se trate, el autor de determinación no es autor del delito que determina, sino autor de la determinación misma, y por eso se lo pena. El presidente de la Nación no será autor del delito del art. 748, C.J.M., pero será autor de la determinación de un

militar a la conducta del art. 748, C.J.M. El hipnotizador no será autor del delito del art. 765, pero será autor de la determinación de otro a la deshonestidad del art. 765, C.J.M. Además, en el caso del presidente de la Nación, tratándose de una determinación y siendo el medio la orden que se vale de la obediencia debida, obrará como agravante en su contra la disposición del art. 522 del C.J.M.

IV. LA PARTICIPACIÓN "STRICTO SENSU" (INSTIGACIÓN Y COMPLICIDAD).

§ 405. La participación, en sus dos formas (instigación y complicidad), es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro.

Si en lugar de conceptuarla en general de esta forma positiva, lo quisiéramos hacer por exclusión, participé sería el que concurre en el injusto y es alcanzado por la prohibición típica sin ser autor.

La misma expresión "participación" nos indica que nos hallamos ante un concepto referenciado, es decir, ante un concepto que necesita de otro, porque "participación" por sí misma, no nos dice nada, si no aclaramos en qué se participa. "Participación" siempre indica una relación, porque siempre se participa en "algo". Este carácter referencial o relativo (relacionado con algo) es lo que da a la participación su naturaleza *accesoria*.

Cuando comenzamos diciendo que participación es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro, hemos asentado ya nuestra posición y nuestra respuesta respecto de la naturaleza accesoria de la participación y respecto de la naturaleza de aquello de que la participación es accesoria: afirmamos que la participación debe ser siempre *accesoria de un in-*

justo ajeno. No puede haber participación criminal (sea instigación o complicidad) en la conducta de otro si no es típica y antijurídica la conducta del otro. Quien coopera en la conducta justificada de otro, quien coopera en una conducta atípica de otro, o quien facilita o se vale de los movimientos de otro que no realiza conducta, no puede ser partícipe (sin perjuicio de que en algunos casos pueda ser autor conforme a los principios de la autoría que hemos visto más arriba).

§ 406. Hemos visto que la participación se distingue de la autoría en razón de que en la segunda el sujeto tiene el dominio del hecho, es decir, la posibilidad de controlar la configuración central del hecho. También vimos que las únicas limitaciones al dominio del hecho como concepto delimitador de la autoría radican en los *délicta propia* —el delito militar siempre lo es— y en los delitos de propia mano. Nos ocuparemos ahora del deslinde de la participación de otros supuestos que son de autoría y que pueden dar lugar a confusión.

Suele hablarse en ciertos tipos, de "participación necesaria", lo que es una expresión incorrecta, porque se trata de supuestos en que conceptualmente se requiere una coautoría. Así, el complot para desertar (art. 725, C.J.M.), sólo puede ser cometido por cuatro o más personas, pero no se trata de una participación necesaria sino de un requerimiento típico conceptual de que los autores sean cuatro o más.

Insistimos también en que la participación debe distinguirse de los tipos de determinación al delito, que son casos en que el sujeto resulta verdaderamente autor, no del delito, sino de la determinación de otro al delito, y en los que queda descartada la parti-

cipación porque falta la accesорiedad, puesto que el determinado no comete un injusto (y queda descartada la autoría del delito mismo por tratarse de *delicta propia* o de delitos de propia mano).

§ 407. En la evolución legislativa el encubrimiento fue considerado como una forma de participación y se encuentra en los antiguos códigos penales en la parte general, junto con las disposiciones sobre instigación y complicidad. En razón de que el encubrimiento es una conducta que tiene lugar cuando ya se ha ejecutado el delito, no puede considerarse una forma de participación en el delito, sino una cooperación posterior al autor, lo que hizo que paulatinamente, la doctrina primero y la legislación después, le reconocieran el carácter de un tipo independiente, como delito contra la Administración pública, en el aspecto de administración de justicia.

Algunos códigos penales de vieja factura, como el español, conservan aún hoy el encubrimiento en la parte general, pero otros, como nuestro C.P. y, en general, los modernos, lo tipifican como delito contra la administración de justicia. En nuestro C.P. el encubrimiento está tipificado en los arts. 277 a 279. En el C.J.M. tampoco se confunde la participación con el encubrimiento. Clara idea de ello la proporciona el art. 728, que es una forma calificada del art. 726, donde se prevén penas para militares que participen o encubran la deserción, haciendo una clara diferencia entre ambos supuestos cuando al remitir se refiere a "los referidos cómplices o encubridores".

Sólo puede haber participación mientras el injusto no se ha ejecutado; cuando termina la ejecución del injusto, ya no es posible la participación y sólo es posible contemplar la posibilidad de que la conducta encuadre en alguno de los supuestos típicos de encubrimiento.

Si bien el principio general es claro, no resulta tan claro determinar cuándo termina la ejecución, lo que es fundamental para saber hasta cuándo puede haber participación. La dificultad sobreviene de que la consumación del delito, es decir, el momento en que ya ha dejado de haber tentativa porque el delito ya está completo con todos sus caracteres típicos, frecuentemente no coincide con el momento en que termina la ejecución. Pensemos, antes que nada en los delitos permanentes. La rebelión, que se consuma con el alzamiento, pero, que permanece mientras dura la rebeldía, como lo reconoce expresamente el art. 652, C.J.M., deja de haber tentativa y ya hay *delito consumado* cuando se hayan dado todos los requisitos típicos del art. 642, C.J.M., pero el delito *se sigue cometiendo* mientras perdura la rebeldía y, por ende, dado que no ha terminado la ejecución, los aportes que se hacen a la conducta del sujeto configuran participación y no encubrimiento.

Esta separación eventual entre el momento de la consumación y el momento en que termina la ejecución, da lugar a la distinción entre lo que se ha dado en llamar *consumación* (o consumación formal, en que ya no hay tentativa sino delito completo) y *agotamiento* del delito (también llamado consumación material).

No sólo en el delito permanente la consumación se separa del agotamiento, permitiendo que haya participación después de consumado el hecho. Los *delitos continuados*, son aquellos en que la repetición de la conducta no configura nuevos injustos, sino un aumento del contenido injusto del mismo delito, tal como sería el caso de quien, para cubrir el faltante de dinero que hubiere distraído en provecho propio, no pudiendo ocultarlo con la presentación de una única cuenta falsa sobre los gastos del servicio (art. 844, inc.

3. C.J.M.). trata de disimularlo presentando cuatro o cinco cuentas inexactas en forma sucesiva. El delito del inc. 3 del art. 844 se habrá consumado con la presentación de la primera cuenta inexacta, pero se seguirá ejecutando durante todo el tiempo en que se sigan realizando las conductas de presentar las referidas cuentas.

Hay otros tipos que sin ser permanentes ni tampoco continuados, admiten que la ejecución continúe después de la consumación, como puede ser el incendio (art. 828, C.J.M.) que se consuma cuando se ha provocado un "fuego grande", pero, si una vez producido el mismo, otro sigue arrojando combustible para que el fuego se extienda, será una participación y no un encubrimiento.

En síntesis: *la participación puede tener lugar mientras no se ha agotado la ejecución del injusto, aun cuando ya se halle consumado*.

V. LA INSTIGACION.

§ 408. *Instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un injusto doloso. Consecuentemente, el hecho del instigado (autor) debe ser una conducta típica y antijurídica.*

La instigación debe cometerse mediante un "medio psíquico", pero no constituyen instigación los medios sutiles o las meras insinuaciones. Se extrae el requisito de que la instigación debe ser hecha en forma concluyente, de la palabra "directamente", empleada por el art. 45, C.P.

Hay determinación directa —más directa imposible— cuando el que determina es autor, pero también la hay cuando el que determina es instigador; pero no hay determinación directa cuando un sujeto se limita

a hacer sutiles sugerencias, sugerimientos ambiguos o medias palabras.

Hemos dicho que el medio debe ser psíquico y directo. Por medio psíquico y directo no debe entenderse sólo la palabra clara y determinante, sino que puede ser cualquier otro medio simbólico: gestos, actitudes, palabra escrita, claves, etc. Incluso puede ser una conducta distinta de hablar; supóngase que dos individuos se hallan armados, uno con un arma corta y de poco alcance y otro con un arma larga y de precisión. El primero decide al segundo a matar a un tercero al que no puede alcanzar con su arma, disparando en dirección al tercero.

§ 409. *La instigación debe tener por resultado haber decidido al autor a realizar el hecho. Cuando el autor ya está decidido a realizarlo no puede haber instigación. La contribución que se hace cuando el autor ya está decidido, aportando ideas para la realización, es cooperación o complicidad psíquica, pero no es instigación. Puede darse la circunstancia de que un mismo sujeto decida a otro (instigue) y también le aporte ideas para la ejecución. En tal caso habrá un concurso de dos formas de participación (instigación y complicidad) en que la más grave (instigación) absorberá a la más leve (complicidad psíquica).*

Es menester distinguir entre la "idea" del injusto y la "decisión" al injusto. Un sujeto puede tener la idea de realizar un injusto desde mucho tiempo atrás, sin haberse decidido a ello; el aporte del instigador es la decisión no la idea. Esto es algo análogo a lo que sucede en la vida cotidiana, puesto que, como hemos dicho, estos conceptos tienen una base óntica, que el derecho se limita a reconocer. Podemos tener la "idea" de estudiar derecho desde hace varios años,

pero nos decidió a ello una conversación que tuvimos con una persona que fue harto convincente. Lo que a los efectos de la instigación se pena es el "decidir", no el dar la "idea", que bien pudo ser dada por otro o partir del propio autor.

§ 410. Por otra parte, la instigación no es aún punible cuando ha decidido al sujeto (autor) a cometer el injusto, sino que requiere que el autor lo haya intentado, como consecuencia de la accesoria de la participación, de la que la instigación no pasa de ser una de sus formas.

Si la instigación no ha obtenido el resultado de decidir al autor a la ejecución y de que efectivamente comience la misma, queda atípica, puesto que, como ya hemos dicho, la tentativa de instigación no es punible en nuestro derecho penal positivo.

§ 411. En el C.J.M. se tipifican algunas *tentativas de instigación* en forma especial, pero debe quedar claro que no se trata de casos de participación, sino de *tipos independientes*, es decir, de injustos autónomos que no son accesorios de ningún injusto principal.

Así, constituyen tipos independientes la *proposición*, que puede configurar el *delito de proposición de tracición* (art. 623, C.J.M.), de *espionaje* (art. 633, C.J.M.), de *rebelión* (art. 647, C.J.M.), de *motín* (art. 694).

No debe confundir acerca de la independencia de estos tipos la circunstancia de que la definición general de proposición apareza en la parte general del C.J.M., porque su independencia típica surge de la clara disposición del art. 526 del Código castrense:

La proposición para cometer un delito es tan sólo punible cuando la ley "expresamente" la reprende.

Por otra parte, la proposición no es cualquier tentativa de instigación, sino una tentativa de instigación de características sumamente particulares: hay proposición cuando *el que ha resuelto cometer un delito* "procura inducir a otra u otras personas a concurrir a su ejecución" (art. 527, 2a. parte, C.J.M.). Dicho en otras palabras, autor del delito de proposición al delito es sólo el que habiéndose decidido a ser autor del delito, antes de iniciar la ejecución del mismo, instiga a otro o a otros, a la coautoría o a la complicidad. *No es autor del delito de proposición al delito el que sólo quiere ser instigador*, porque el instigador no está resuelto a cometer un delito, sino que está resuelto a determinar a otro a que lo cometa, que es muy diferente.

Independientemente de la proposición, el C.J.M. tipifica la tentativa de instigación a hechos que en sí no son delitos por parte del determinado, que es el supuesto de los arts. 626 y 627, C.J.M., que cominan penalmente la instigación a declarar la guerra o a cometer actos hostiles contra la Nación a una potencia extranjera, casos en los cuales, si la instigación tiene éxito se agrava el injusto.

El art. 752 tipifica redundantemente la instigación a capitular o rendirse, cometida por parte de los subalternos que hubiesen hecho presión sobre sus jefes para la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en los arts. 748 a 751 del Código castrense.

Cuando la instigación tiene lugar mediante una orden cuyo cumplimiento no es debido, pero que el instigado debe cumplir en razón de hallarse frente a una situación de necesidad inculpante, rige respecto del instigador la agravante del art. 522 del C.J.M.

VI. LA COMPLICIDAD.

§ 412. Ya hemos deslindado suficientemente el concepto de complicidad a lo largo de la exposición que venimos haciendo, de modo que prácticamente no nos resta más que recapitular un tanto lo dicho.

Cómplice es el que presta auxilio o coopera dolosamente en el injusto doloso de otro.

La contribución del cómplice puede ser de cualquier naturaleza, incluso psíquica, es decir, intelectual: el que aporte ideas para la mejor realización del injusto es cómplice.

La complicidad primaria se distingue de la coautoría por división del trabajo, sólo en que el cómplice primario no presenta las características típicas del autor, pero tiene el dominio del hecho, —puesto que su aporte es indispensable— y su exclusión del ámbito de la autoría responde a una limitación del principio del dominio del hecho como caracterizador de la autoría. A los efectos de la pena está equiparado al autor.

La complicidad secundaria tiene dos formas: la cooperación al hecho realizada antes del agotamiento del mismo (incluso cuando ya ha mediado consumación), es una de sus formas. Otra es la cooperación que se le presta al autor después de consumado y agotado el hecho, en virtud de promesas que se le hicieron antes de la consumación del mismo. *La promesa que se hace después de la consumación y antes del agotamiento ya no puede surtir efectos para la participación, sino para el encubrimiento*, puesto que la ley penal exige que la promesa sea anterior al hecho.

La segunda forma de complicidad secundaria, es decir, la que consiste en prestar ayuda al autor ya consumado y agotado el hecho, en virtud de prome-

sa anterior a la consumación, sólo es punible en caso de que la ayuda se haya concretado, y no en el supuesto de que ésta quede en mera promesa. Ello obedece a que todo aporte psíquico que se limita a reforzar la falta de escrúpulos del autor, que ya se ha decidido al hecho, es atípico en nuestra ley penal, siendo la referida forma de aporte la única que es típica y que el legislador, temeroso de la extensión de la tipicidad por participación en forma ilimitada al reforzamiento “moral” de la decisión, ha preferido someterla a una condición de punibilidad, consistente en que efectivamente se materialice la ayuda posterior.

En el C.J.M. hay un caso especial de participación por fortalecimiento de la inescrupulosidad del autor, que se contempla en el art. 752 en su segunda parte, puesto que sólo requiere que el subalterno, con la opinión o consejo, haya contribuido a la infracción, sin que demande que esa contribución haya sido ideológica (aporte psíquico de ideas para cometerla) ni tampoco que lo haya determinado (instigación).

VII. LA COMPLICIDAD POR EXCESO EN EL CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN DELICTIVA.

§ 413. Hemos visto que el inferior está obligado al cumplimiento de una orden que importe la ejecución de un delito cuando no pueda conocer esta circunstancia y también, por regla general, cuando tenga dudas acerca de la misma, pero no cuando tenga la certeza de que el contenido de la orden es delictivo, como sucede en los casos de los crímenes atroces o en los que le resulte claro que se trata de actos de tracción a la patria (art. 624, C.J.M.) (v. cap. XIII, II).

En los casos en que la orden delictiva le obliga, la conducta del inferior es atípica porque cumple con su deber jurídico de obediencia al superior. Empero, en estos casos el inferior será considerado cómplice del superior "cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden" (art. 514, C.J.M.).

Esta forma de complicidad prevista en el C.J.M. merece una consideración particular, porque se deriva del mayor poder vinculante (del menor deber de revisión) de la orden militar (del ámbito de la obediencia debida como atipicidad por cumplimiento del deber jurídico).

Sin embargo, la disposición del art. 514 del C.J.M. no puede ser entendida como contrapuesta a la remisión general del art. 513, por lo que debe entenderse que el inferior que se excede en el cumplimiento de la orden delictiva sólo será cómplice del superior cuando *realmente* sea un cómplice; y esto no sucede en todos los casos de cumplimiento de una orden de contenido delictivo impartida por un superior y que obligue al inferior.

Cuando el inferior no tenga ninguna razón seria que le haga dudar en el sentido de que la orden impartida por el superior pueda tener un contenido delictivo, el exceso en el cumplimiento de la misma no puede ser complicidad, porque nada tiene que ver con el dolo del superior. El militar a quien se ordena que cobre contribuciones de guerra que no tiene razón alguna para suponer que no están autorizadas, y las cobra en mayor medida que la que se le ordena, comete un delito de exacción ilegal (arts. 821, 822, 823, C.J.M.) y no hay razón alguna para considerarlo cómplice del superior, si luego se entera que la contribución que se le había ordenado cobrar no estaba autorizada. El inferior habrá tenido en este caso dolo de autor, porque en

modo alguno pudo querer cooperar en el injusto dolo del superior, cuya existencia no podía sospechar.

Por el contrario: si el inferior tiene razones fundadas para creer que el superior le ordena que cobre contribuciones con fines públicos, pero no autorizadas (art. 823, C.J.M.), y en lugar de limitarse a cobrar lo que se le ordena, cobra más de lo ordenado, estará cooperando dolosamente a la obtención del fin típico del superior y su exceso no hará más que aumentar el contenido injusto del hecho principal.

En síntesis: cuando el inferior tiene fundadas razones para pensar que la orden del superior es de contenido delictivo, pero no tiene certeza de ello, todo exceso en su cumplimiento configurará un dolo eventual de complicidad (de cooperación) en el injusto del superior; cuando tales razones no existan, el exceso del inferior en el cumplimiento de la orden dará lugar a una tipicidad independiente.

VIII. LA COMPETENCIA EN CASO DE CONCURRENCIA DE PERSONAS EN EL DELITO.

§ 414. En los casos en que los civiles sean partícipes de delitos militares, sea como instigadores, como cómplices primarios o secundarios, sea como autores de la determinación de un militar al delito, los mismos quedan sometidos a los tribunales civiles, en tanto que la responsabilidad penal de los militares será juzgada por los tribunales castrenses.

Los únicos supuestos en que "los que estuvieran complicados en infracciones penales que son de jurisdicción de los tribunales militares, quedan sujetos a la competencia de los mismos", son los excepciona-

mente previstos en el art. 119 del C.J.M.: "1) cuando pertenecieren a las instituciones armadas, aunque por razón del lugar del hecho o por no hallarse en actos del servicio, no hubieran estado sujetos a la jurisdicción militar al tiempo del delito; 2) cuando el delito fuese perpetrado en las fuerzas armadas, estando en país extranjero; 3) cuando fuere cometido en territorio argentino, al frente del enemigo".

La misma regla rige para los delitos comunes de jurisdicción militar que para los delitos militares. Era el criterio seguido por el art. 125 del Código Bustillo, que, por otra parte, es el más respetuoso de la C.N. vigente. Pese a que el C.J.M. se sancionó en vigencia de la C.N. de 1949, Sacheri prefirió seguir este prudente criterio, pese a advertir, en la exposición de motivos, que no se le escapaba la posibilidad de soluciones contradictorias, pero, como bien lo señalaba en la misma, trátase de un problema por entero ajeno al C.J.M., dado que es "de índole general en nuestro país". Encontraba el codificador la posible solución al eventual "escándalo jurídico" en la casación nacional, prevista por la C.N. de 1949. Va de suyo que la casación —ya desaparecida— tampoco podía resolver el problema totalmente, porque la casación no puede abarcar las cuestiones de hecho, que son ajenas a la esencia de tal recurso.

Es verdad que pueden darse soluciones contradictorias, puede acontecer por ejemplo que el tribunal castrense dé por probado el hecho y el tribunal ordinario no lo considere probado —o viceversa— o que existan interpretaciones distintas de la ley (caso este último que era el único que podía resolver la casación), pero quizás en ambos casos fuese viable la solución por la vía del caso federal, puesto que se violaría la igualdad ante la ley.

Capítulo XVII

LAS FÓRMULAS QUE AMPLÍAN LA TIPICIDAD PENAL MILITAR: LA TENTATIVA

I. CONCEPTOS GENERALES.

§ 415. En el delito doloso no se pena sólo la conducta que llega a realizarse totalmente o que produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos, por quedarse en una etapa anterior de realización.

Por supuesto que esa etapa anterior debe haber alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda considerársela típica, pues de lo contrario se perdería toda seguridad jurídica. Tengamos en cuenta que el delito se inicia cronológicamente como una idea en la mente del autor, que a través de un proceso que abarca la concepción (idea criminal), la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, llega a afectar el bien jurídico tutelado en la forma descrita por el tipo. Este proceso o camino, que va desde la concepción hasta el agotamiento del delito, se llama *iter criminis*. No todo el *iter criminis* puede ser penado, porque de ser así, se desbarataría la seguridad jurídica, puesto que estaríamos penando la idea, el pensamiento mismo, es decir, etapas que son puramente internas del autor,

lo que violaría el elemental principio jurídico de que el pensamiento no puede soportar ninguna pena (*cogitationis poenam nemo patitur*).

De allí que la ley amplíe la tipicidad con la fórmula de la tentativa hasta abarcar los actos que implican un comienzo de ejecución del delito. El art. 42, C.P., establece: "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44". Esta fórmula legal, que proviene del C.P. francés, deja fuera del ámbito de la tentativa los actos preparatorios previos a la ejecución del hecho.

§ 416. Estos principios fundamentales del C.P. pasan al derecho penal militar en función de lo dispuesto por el art. 510 del C.J.M., *sin sufrir alteración alguna*.

No constituyen alteraciones a los principios generales, las tipificaciones de ciertos actos preparatorios, puesto que esto último es un fenómeno que también tiene lugar en el derecho penal común, donde en forma excepcional, también a veces se adelanta la tipicidad hasta prohibir algunos actos preparatorios, los que constituyen *delitos independientes* —que a su vez admiten tentativa— cuando su contenido injusto excede en algún sentido la afectación de bienes jurídicos que importa la tentativa o la consumación, pero que no son más que *actos preparatorios punibles* que no admiten tentativa ni concurren idealmente con el delito tentado o consumado, cuando ello no tiene lugar.

Consecuentemente, *son delitos independientes: la inteligencia con una potencia extranjera a fin de favorecer sus operaciones militares en caso de guerra con la Nación* (art. 628, C.J.M.), porque este tipo no sólo importa un acto preparatorio de traición a la

Nación, sino también un posible acto de espionaje, de revelación de secretos militares, etc., lo que excede la mera tipicidad de la traición intentada o consumada; también es un tipo independiente el de constitución, organización o dirección (art. 654, C.J.M.) o de participación (art. 655, C.J.M.) en una asociación ilícita que preconice o difunda "doctrinas o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la violencia, se proponga suprimir o cambiar la C.N. o algunos de los principios básicos consagrados en la misma" (art. 653, C.J.M.), porque importa el peligro de reclutamiento de civiles para la rebelión, que no está necesariamente comprendido en la rebelión intentada o consumada.

También son delitos independientes la conspiración y la proposición, cuando se trate de delitos que pueden cometerse individualmente, puesto que aumentan el contenido injusto al incrementar, mediante la concurrencia de personas, el peligro para los bienes jurídicos tutelados, tal como acontece con la proposición y la conspiración para cometer traición a la Nación (art. 623, C.J.M.).

Por el contrario no son más que meros *actos preparatorios punibles* la proposición y la conspiración en los delitos en que se requiere una pluralidad de concurrentes (rebelión, art. 647; motín, art. 694), porque no exceden la afectación de bienes jurídicos que la consumación o tentativa de tales delitos importan, en función sólo del mayor grado de avance del *iter criminis*.

El tipo es un *dispositivo legal* que nos permite ver lo prohibido. El *iter criminis* es el camino, sendero o rumbo del delito. Si comparamos el avance de un delito, desde la concepción hasta la consumación, con el vuelo de un avión, cuyo despegue tiene lugar en cuanto se exterioriza la voluntad en el mundo ob-

jetivo, a partir del decolaje de la máquina tenemos una visión que sólo a cierta altura del vuelo comienza a ser la "visión de lo prohibido". La tipificación de un acto anterior a la tentativa abarca como prohibido algo que vemos antes de la altura de vuelo en que lo que vemos comienza a estar prohibido. Si esa tipificación también abarca algo que en ese momento del vuelo no estamos viendo, eso significa que el tipo permite ver más de lo que vemos en función sólo del "camino del crimen" y, por ende, se tratará de un tipo independiente. En lugar, si lo que abarca es exclusivamente algo que ya vemos en función del vuelo, se trata sólo de la punición de un acto preparatorio.

§ 417. La conspiración que, como vimos, configura un delito independiente en los tipos que sólo eventualmente son plurisubjetivos, y un acto preparatorio punible en los plurisubjetivos, al igual que la proposición, sólo es típica "cuando la ley expresamente las reprende" (art. 526, C.J.M.), no constituye un concepto exclusivo del derecho penal militar, porque también es típica en el C.P. para la traición a la patria (art. 218, C.P.) y la promoción y la dirección de la conspiración en los de rebelión y sedición (art. 233, C.P.). No obstante, el C.P. no define la conspiración, cuyo concepto lo proporciona el C.J.M. en el art. 527 (que reproduce el art. 517 del Código Bustillo): "Existe conspiración cuando dos o más personas se conciernen para la ejecución del delito y resuelven ejecutarlo". Obviamente, en los delitos plurisubjetivos, es un acto preparatorio necesario, por lo que no puede ser un delito independiente; en lugar, en los delitos eventualmente plurisubjetivos, cobra independencia por configurar esa eventualidad que aumenta el peligro para los bienes jurídicos.

§ 418. Tampoco altera el concepto de tentativa la tipificación de la tentativa en una estructura omisiva, que el C.J.M. hace en el art. 729 y que puede ser delito en el supuesto previsto en el art. 730, porque se trata de una precisión conceptual para el caso de la deserción omisiva. De igual modo, no constituye alteración alguna de los principios generales respecto de la tentativa el tipo del art. 659, C.J.M., puesto que si bien este artículo puede dar la impresión de que tipifica actos de tentativa, bien observado, sólo tipifica las vías de hecho contra el superior que configuran "ofensas de obra", es decir, injurias de hecho, pero siempre y cuando se hayan realizado con el dolo de injuriar, mas no con el dolo de atacarlo, porque de existir tal dolo, se trataría de tentativa de alguno de los delitos de vías de hecho contra el superior, de mayor gravedad.

Tal como lo dejamos expuesto, el C.J.M. no altera los principios generales del C.P. en materia de tentativa y, por consiguiente, para nuestra legislación —tal como lo sostiene toda la doctrina nacional— permanece vigente el criterio según el cual la tentativa es un *delito incompleto*.

§ 419. El fundamento de la punición de la tentativa, tanto en el derecho penal común como en el militar, sigue siendo idéntico, es decir, que responde a una *doble fundamentación*: obedece a que *en ella hay dolo* (la concreta voluntad final que se dirige a un resultado afectante de un bien jurídico) y la exteriorización de ese dolo siempre implica la *afectación de un bien jurídico*. Ya veremos que incluso en la tentativa inidónea, siempre hay una afectación de un bien jurídico tutelado. La circunstancia de que la tentativa sea un delito incompleto no altera

las reglas generales según las cuales los delitos requieren una tipicidad objetiva y subjetiva.

La tentativa, por regla general, implica una puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pero, en modo alguno está ello requerido por nuestro C.P.

Hasta aquí nos hemos venido refiriendo a dos formas de afectación del bien jurídico, requeridas para la tipicidad penal de la conducta: la lesión al bien jurídico y la puesta en peligro del bien jurídico, lo que da por resultado una clasificación de los tipos penales en tipos de lesión y tipos de peligro. Hemos venido hablando de esta manera porque nos estábamos refiriendo siempre a los tipos de la parte especial, es decir, a los tipos independientes, sin tener en cuenta el dispositivo típico accesorio de la tentativa, que implica una tercera forma de afectación del bien jurídico.

Hemos dicho que la seguridad jurídica tiene dos aspectos: uno objetivo (posibilidad de disposición o disponibilidad) y otro subjetivo (sentimiento de seguridad jurídica o certeza de la disponibilidad). Esto es la seguridad jurídica entendida como lo que el derecho debe cumplir socialmente, pero en el orden individual, si bien se afecta la disponibilidad con la lesión y con el peligro, también se la afecta cuando la conducta en concreto, sin haber puesto en peligro el bien, ha perturbado al titular en su disponibilidad como consecuencia de la sensación de inseguridad que la acción le infunde. *No se trata de que la sensación de inseguridad jurídica la tengan los demás (lo que sería afectación de la seguridad jurídica en su aspecto subjetivo, es decir, alarma social), sino de la sensación de inseguridad que como resultado de la acción tiene el mismo titular del bien jurídico.*

Toda acción que se aproxima más o menos a la materialización de una tipicidad penal que afectaría

alguno de nuestros bienes jurídicos, aunque no haga correr efectivo peligro al mismo, no cabe duda de que nos perturba en nuestro sentimiento de disponibilidad, no porque siembra la inseguridad jurídica en los demás solamente, sino porque la siembra en nosotros en mayor medida, que somos los destinatarios de ese dolo. Si la empleada de nuestra casa quiere envenenarnos y para ello usa bicarbonato porque cree que tiene poder letal, no habrá puesto en peligro nuestro bien jurídico vida, pero nadie podrá esquivar la sensación de inseguridad y el escalofrío que —por muy templado que sea el ánimo— no pudo dejar de experimentar.

Esta tercera forma de afectación del bien jurídico no consiste en la alteración o supresión de la relación de disponibilidad por daño o lesión, ni en la alteración de esa relación por puesta en peligro de la misma, sino en la alteración por perturbación subjetiva del titular de la disponibilidad, es decir que, al lado del daño y el peligro, aparece la *perturbación* como tercera forma de afectación del bien jurídico.

II. LA ESTRUCTURA DEL DELITO TENTADO.

§ 420. La tentativa es un delito incompleto, es decir, una tipicidad a la que le falta "algo" en su aspecto objetivo, pero que debe llenar todos los requisitos subjetivos del tipo. Por ende, la tentativa sólo es concebible en los tipos dolosos —porque en los culposos sería un monstruo lógico— y el dolo del delito tentado no se distingue en nada del dolo del delito consumado, admitiendo, por consiguiente, la forma eventual, cuando así la admite también la tipicidad del delito consumado.

§ 421. La tipicidad penal en función de la fórmula amplificada de la tentativa, se extiende desde que comienza la ejecución hasta que se consuma el delito. Con la consumación termina toda posibilidad de tentativa. La determinación del momento en que tiene lugar la consumación puede ser problemática en algunos casos particulares, pero eso no impide su determinación teniendo en cuenta los elementos de cada tipo de que se trate.

Hay tipos en los que es problemático determinar el momento consumativo, pero ese es un claro problema de la parte especial, a la que remitimos.

Aquí debemos aclarar que por la forma de consumación suelen distinguirse los tipos en instantáneos y permanentes, se llama delito instantáneo al que tiene sólo un momento consumativo y permanente al que tiene un estado consumativo, es decir, que la consumación se mantiene en el tiempo, como sucede con el secuestro. No es el resultado el que se mantiene, sino la consumación misma. De cualquier manera, la circunstancia de que estos tipos tengan una prolongación temporal de la consumación, no les quita que también tengan un momento consumativo (el momento en que se le priva de libertad al secuestrado) a partir del cual ya está consumado el delito y termina la tentativa.

§ 422. El problema más crítico y arduo de la tentativa es la determinación de la diferencia entre los actos ejecutivos o de tentativa y los actos preparatorios que regularmente son impunes. Este problema es muy difícil y a la vez importantísimo porque se trata de un límite de la tipicidad.

El llamado criterio *objettivo-individual* es el que mayor grado de aproximación permite dentro de todas las teorías enunciadas hasta el presente

para resolver esta cuestión. Conforme a este criterio, se toma en cuenta para establecer la diferencia, el plan concreto del autor (de allí lo de "individual"), no pudiéndose establecer la separación entre acto ejecutivo y preparatorio prescindiendo del plan concreto del autor.

De acuerdo a este criterio la tentativa comienza con la actividad con que el autor, según su plan delictivo, se aproxima inmediatamente a la realización del plan delictivo. Por nuestra parte, entendemos que es imprescindible tomar en cuenta el plan concreto del autor para poder configurar una aproximación a la distinción entre ejecución y preparación, la que de otro modo sería imposible, pero estimamos que el llamado criterio objetivo individual tampoco alcanza para resolver los problemas, aunque contribuye aportando esta verdad. Entendemos que pese a la mayor aproximación que este criterio implica, la delimitación sigue siendo un problema que está abierto y que la ciencia jurídico-penal aún no ha resuelto satisfactoriamente.

§ 423. Hay dos clases de tentativa que, en otras legislaciones se distinguen por sus efectos, pero que en la nuestra aparecen por entero incluidas en la fórmula del art. 42, C.P.: la *tentativa acabada*, llamada en la legislación comparada y en la doctrina "delito frustrado", y la *tentativa inacabada*. La primera es aquella en que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico. La tentativa inacabada es la que tiene lugar cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica.

Hay un caso en que la ley penal militar hace una clara referencia al delito frustrado, supuesto en el cual se altera el principio general del C.P. porque

introduce una distinción entre tentativa acabada e inacabada: se trata del art. 623, C.J.M., que prevé la pena para el delito frustrado de traición. Dado que es un problema que concierne en particular al delito de traición a la Nación, la delimitación del delito frustrado en el caso concreto, corresponde a la parte especial, porque no establece problema alguno que afecte los principios generales al respecto referidos al resto de los delitos.

§ 424. En cuanto a los tipos omisivos —y pese a que el problema se halla discutido doctrinariamente— creemos que no hay obstáculo alguno en admitir a su respecto la tentativa. Si tomamos como punto de partida el peligro que amenaza al bien jurídico y determina el deber de actuar en la forma típicamente descrita, habrá una tentativa cuando las demoras en intervenir con fin salvador tienen por efecto aumentar ese peligro. También habrá un acto de tentativa cuando el sujeto haya dejado pasar la última oportunidad que tuvo de apartar el peligro y el daño no sobreviene.

III. EL DELITO IMPOSIBLE.

§ 425. Nada obsta a que la remisión general del art. 510 del Código castrense se extienda también al caso del delito imposible o tentativa inidónea. Consiguientemente rige asimismo en el ámbito penal militar el último párrafo del art. 44 del C.P.: “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

No debemos olvidar que esta disposición se encuentra entre las reglas que se establecen para la pena de la tentativa, lo que indica claramente que el llamado por nuestra ley “delito imposible” es un caso de tentativa y, por ende, debe esta tentativa reunir los requisitos típicos generales de todas las tentativas.

Hay tentativa inidónea o tentativa imposible cuando los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado. La única diferencia que hay entre la tentativa idónea y la inidónea, es que en la última hay una absoluta incapacidad de los medios aplicados para la producción del resultado típico.

Se ha pretendido —y así lo cree un sector de la doctrina— que caen dentro de las previsiones de la tentativa inidónea, casos en los que falta alguno de los elementos del tipo, como querer matar a un muerto, cometer adulterio con la propia mujer, hurtar la cosa propia, o creer que se tienen los caracteres de que se carece (creerse militar). Éstos no pueden ser casos de tentativa inidónea porque son supuestos de delitos imaginarios, es decir, casos de falta de tipicidad. La posición que sostengamos y que es la que últimamente tiende a dominar en la doctrina, afirma, pues, que en estos supuestos hay *ausencia de tipo* y no tentativa inidónea.

La tentativa es inidónea cuando los medios son inidóneos, pero sucede que en todas las tentativas los medios han resultado en definitiva inidóneos para producir el resultado, porque de lo contrario el hecho no hubiese quedado en grado de tentativa.

Apreciada *ex-ante*, al menos en el concepto del autor, toda tentativa es idónea, en tanto que

apreciada *ex-post*, es decir, con el conocimiento del curso posterior de la causalidad que tiene el juez al momento de la sentencia, toda tentativa es inidónea. En toda tentativa hay un error del autor acerca de la idoneidad de los medios. La única diferencia que hay entre la tentativa idónea y la inidónea es que en la segunda el error es grosero, burdo, grueso, tal como querer envenenar con azúcar, con medio supersticioso, demoler un edificio con alfileres, envenenar por medio de una culebra que en realidad es una lombriz grande, etc.

Los casos en que el delito es meramente imaginario, sea porque faltan elementos del tipo o porque la conducta no es antijurídica y la antijuridicidad existe sólo en la mente del autor, son casos de delitos putativos, por errores de tipo o de prohibición invertidos, que, en modo alguno pueden ser alcanzados con una pena.

§ 426. El fundamento de la punición de la tentativa inidónea es el mismo de la tentativa en general, dado que en la tentativa inidónea —como hemos visto— hay afectación de bien jurídico tutelado al igual que en la idónea. Aunque la inidoneidad que *ex-ante* tiene el medio, determine una menor afectación, de cualquier manera la *perturbación* se sufre y nadie está obligado a soportar conductas que tiendan a lesionar sus bienes jurídicos, por mucho que sean burdamente inidóneos los medios aplicados para ello.

IV. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO.

§ 427. El art. 43 del C.P. —aplicable al derecho penal militar conforme a la regla del art. 510, C.J.M.—

establece que “el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

En el caso del desistimiento voluntario de consumar el delito *opera en favor del autor una causa personal de exclusión de la pena*. La razón por la que opera esta causa personal de exclusión de pena, se halla en la finalidad misma de la pena: cumplir una función preventiva que, en el caso, queda demostrado con la actitud del autor que no se hace necesaria la acción preventiva de la pena. De allí que el derecho penal le tienda este “puente de oro” al delincuente.

§ 428. Doctrinariamente se discute la naturaleza jurídica de la impunidad del desistimiento. Por nuestra parte, creemos que se trata de una *causa personal de exclusión de la pena*. Como consecuencia de su naturaleza jurídica de causa personal de exclusión de pena, la misma beneficia sólo al autor o partícipe que desiste, pero el desistimiento del autor no beneficia al partícipe.

§ 429. Dado que el fundamento de la impunidad finca en que la pena carecería de objeto en el caso, entendemos que *hay desistimiento voluntario cuando el desistimiento no se motiva: a) en la representación de ninguna acción especial del sistema penal que ponga en peligro la realización del plan delictivo; o b) en el convencimiento de la imposibilidad de consumarlo*.

a) En el primer caso por *sistema penal* entendemos todo el complejo que puede conducir a la punición del hecho, del que no sólo participan los agentes de seguridad o los funcionarios públicos sino también los particulares y los aparatos o defensas me-

cánicos. El sistema penal en este sentido lo componen tanto las alarmas como los agentes de policía o los paseantes que pueden denunciar o aprehender. En el sistema penal militar debe tenerse en cuenta el art. 187 del C.J.M. que conmina con las penas del encubrimiento al militar que deje de denunciar un delito del que tenga conocimiento.

Por "acción especial" entendemos una especial vinculación del accionar del sistema con la conducta de tentativa, en el sentido de que no basta para descartar el desistimiento la mera representación de la amenaza de pena o el temor genérico a ser descubierto. Así, no desiste voluntariamente el que huye ante la presencia del superior militar o ante el temor producido por una alarma, sin que importe que el superior haya regresado al cuartel por haber olvidado algo y para nada se haya percatado de la presencia del sujeto, o que la alarma no funcione. En lugar, desiste voluntariamente el que lo hace ante el general temor a la pena o a ser descubierto, suscitado sin el estímulo de la representación de ninguna acción especial del sistema penal.

b) Tampoco hay desistimiento voluntario cuando el autor desiste porque se convence de la imposibilidad de consumar el hecho. Aquí el desistimiento no es voluntario, sino que obedece a una causa ajena a su voluntad, aunque sólo sea producto de su imaginación.

§ 430 Rechazamos por nuestra parte las tentativas de "etizar" en extremo la voluntariedad del desistimiento, dado que creemos que en modo alguno se requiere que el sujeto se funde en normas éticas o morales, pues el desistimiento voluntario

puede basarse en el puro temor a la pena o en un cálculo de utilidades.

Se procura la etización del mismo buscando ejemplos de desistimiento por motivos aberrantes: el que desiste porque considera que el botín es insignificante, o el que desiste de llevar adelante el robo contra su víctima pobre, porque ve avanzar a otra más rica. De cualquier modo, en estos casos la pena por el delito desistido carece de objeto: el que desiste porque considera insignificante el botín merecerá un día una pena por la tentativa de obtener un botín mayor, o nunca merecerá ninguna porque no habrá botín que le satisfaga. El que desiste porque ve avanzar a la víctima más rica será penado por lo que le haga o intente hacer a su segunda víctima.

Independientemente de estas consideraciones, las tentativas de etizar de este modo la voluntariedad del desistimiento son una indiscutible apelación a los tipos de autor, que son una manifestación del derecho penal autoritario, que hoy se hallan absolutamente repudiadas.

§ 431. El desistimiento tiene modalidades distintas según se trate de tentativa acabada o de tentativa inacabada. *En tanto que en la tentativa inacabada basta con que el sujeto interrumpa voluntariamente la conducta, en la tentativa acabada, el desistimiento puede darse, pero debe consistir en un hacer activo.* Así, quien coloca un artefacto explosivo de relojería, puede desistir de la tentativa mientras no se produzca el resultado, es decir, mientras no estalle, pero su desistimiento debe consistir en este caso en un hacer que impida la producción del resultado (denunciar el hecho, desactivar el aparato, avisar a la víctima, etc.).

§ 432. *El desistimiento sólo puede tener lugar hasta la consumación formal del delito.* Ya producida la misma no es admisible. En algunos casos excepcionales la ley otorga eficacia excusante al desistimiento posterior a la consumación del hecho, como en el caso de la conspiración para cometer traición, al “que lo revele antes de comenzarse la ejecución” (de la traición, pero ya consumada la conspiración), “y a tiempo de poder evitar sus consecuencias” (art. 625, C.J.M.). En cuanto al desistimiento de la conspiración en el motín y en la rebelión (arts. 696 y 648, C.J.M.), también dejan impune ésta, pero siempre que no se haya iniciado la ejecución del delito. En estos delitos (traición, rebelión, motín), las disposiciones especiales que excluyen la punibilidad de la conspiración antes de iniciar la ejecución del delito mismo, parecen dar la impresión de que excluyen del beneficio del art. 43, C.P., el desistimiento de las tentativas de traición, rebelión y motín.

El desistimiento posterior tiene efecto atenuante de pena cuando estando consumada la rebelión, aún no hubiesen comenzado las hostilidades (art. 646, C.J.M.).

§ 433. Una particular clase de desistimiento a la que es necesario referirse en especial para destacar los efectos que surte, es el que tiene lugar en los casos de la llamada *tentativa cualificada*, es decir, *cuando en la tentativa quedan consumados actos que constituyen delitos por sí mismos*. Así, el que da dos o tres puñaladas a su víctima, desistiendo de rematarla porque se arrepiente de su acción, no será penado por tentativa de homicidio, persistiendo la pena de los delitos consumados en su curso, porque el art. 43, C.P., sólo excluye la pena que

le corresponde al sujeto como “autor de tentativa”. En otras palabras, *lo que queda impune es la tentativa en sí misma, pero no los delitos consumados en su curso.*

Capítulo XVIII

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

I. EL ART. 585 DEL C.J.M.

§ 434. En el derecho penal comparado se conocen varios sistemas para resolver los que se han llamado casos de "concurso".

Se ha llamado *concurso ideal* al que tiene lugar cuando en una misma conducta concurren varias tipicidades, es decir, casos de delitos con tipicidad múltiple o plural. Esta coincidencia de tipos sobre una misma conducta no multiplica la conducta, que sigue siendo una, y, por consiguiente, tampoco multiplica los delitos, sino que una conducta siempre es un delito y le corresponde una pena. En ése caso se establece que se aplica la pena más grave, que absorbe a las de menor gravedad. Tal es el caso resuelto en nuestro derecho penal común por el art. 54, C.P., y que se rige por el "principio de la absorción".

Al concurso ideal se le opone el *concurso real*, que es el que tiene lugar cuando un mismo autor es juzgado simultáneamente por varios delitos independientes, es decir, por varias conductas independientes. El derecho comparado conoce varios sistemas para este caso. Uno de ellos es el de la acumulación o simple suma de las penas, sistema que

estaba consagrado por el derecho francés anterior a la Revolución y que fue reemplazado por el de la absorción, es decir, por el mismo que rige el concurso ideal. Entre ambos sistemas se ensayó una tercera variante, consistente en la agravación de la pena mayor o más grave, pudiendo exceder su máximo, hasta alcanzar la acumulación o suma, criterio que fue adoptado por nuestro C.P. (art. 55).

De esta forma nuestro C.P. consagra un sistema conforme al cual en el *concurso ideal* hay un único delito penado con la pena más grave (*principio de la absorción*) y en el *concurso real* se forma una pena única que tiene como mínimo el mínimo mayor y como máximo la suma de todos los máximos (*principio de la aspersión o agravación*).

Esta diferencia entre concurso ideal y real en cuanto a sus consecuencias no es adoptada por el C.J.M., que se inclinó por el sistema francés revolucionario, solucionando ambas formas de concurrencia por la vía del principio de la absorción, aunque combinándolo en medida muy limitada con el de la agravación, puesto que para ambas formas de concurso prevé que la pluralidad de violaciones opera como causa de agravación, pero, de toda forma, la pena no podrá exceder nunca el máximo de la pena establecida para el delito. Esta solución es propia del derecho penal militar, iniciada por el art. 574 del Código Bustillo y continuada textualmente por el art. 585 del C.J.M. vigente: "Al culpable de dos o más infracciones sujetas a la jurisdicción militar, que aún no hayan sido juzgadas, se le aplicará la sanción de la infracción más grave, considerándose las otras como causa de agravación".

Es curioso que el C.J.M., que suele tener siempre soluciones más rigurosas en cuanto a la pena,

tenga a este respecto una solución mucho más benigna que la del C.P., e incluso parece derogar el principio del art. 55, C.P., cuando deba ser aplicado por tribunales militares, dado que no se limita a los delitos militares, sino que el art. 585, C.J.M. se refiere a las "infracciones sujetas a la jurisdicción militar". Sin embargo, pese a la referencia aparentemente tan amplia del art. 585 del Código castrense, su disposición se limita a los delitos militares, puesto que en el C.P., es decir, para los delitos comunes, no hay "causas de agravación", dado que el art. 41, C.P., no tabula agravantes o atenuantes, sino que proporciona criterios de cuantificación penal. Por ende, para los únicos delitos en los que hay "causas de agravación", entre los delitos de jurisdicción militar, es para los delitos militares, lo que implica que la disposición del art. 585 se limita a ellos.

§ 435. La equivalencia de consecuencias penales militares de ambas formas de concurso (ideal y real) nos exime de entrar en la distinción entre unidad y pluralidad de conductas, como forma previa de establecer los casos de concurso real e ideal, problema que preocupa enormemente en el campo del derecho penal común.

Puede pensarse que nuestro C.J.M. contiene en el primer párrafo del art. 585 una disposición exclusivamente referida al concurso real, en tanto que para el supuesto de concurso ideal remitiría, en función del art. 510, C.J.M., al art. 54, C.P., puesto que el art. 585 refiérese a dos o más "infracciones". Empero, esta interpretación no es viable, justamente porque el Código castrense se refiere a una pluralidad de "infracciones": "infracción" es, precisamente, la trasgresión a la norma, y tanto en el concur-

so real como en el ideal, hay una pluralidad de "infracciones" que en el primero se comete mediante una pluralidad de acciones y en el segundo mediante una única acción.

Tampoco tiene sentido la interpretación inversa, según la cual el art. 585, dado que alude a pluralidad de "infracciones", se referiría tan solo al concurso ideal y no al real, que sería una pluralidad de delitos, porque a renglón seguido, el art. 585 alude al concurso real, cuando aclara "que aún no hayan sido juzgadas". Es obvio que las "infracciones" que se dan en concurso ideal no pueden ser juzgadas por separado, porque tratándose de un solo hecho, se incuraría en una violación del *non bis in idem*, que, además de inconstitucional, sería contraria a la disposición del art. 605, C.J.M.

II. EL DELITO CONTINUADO.

§ 436. De un detenido examen de los tipos penales puede concluirse que hay algunos tipos en los cuales la repetición de las conductas típicas no implica un concurso real, sino un mayor choque de la conducta típica contra el derecho, vale decir, un mayor contenido de injusto de la conducta. Esto se deduce de que la interpretación de los mismos en el sentido de que la repetición da lugar a un concurso real lleva a resultados absurdos y que entran en colisión con el principio de racionalidad de la pena, la que se halla confirmada por el inc. 3 del art. 603 del C.J.M.

El delito continuado no requiere ser expresamente reconocido por el texto legal, puesto que su fundamento último es una interpretación racio-

nal de los tipos penales, pero no han faltado autores que pretenden negar su existencia —y caer, por ende, en una interpretación absurda— ante la ausencia de una disposición legal expresa. En el derecho penal común se discute si la referencia al “delito continuo” del art. 63, C.P., es un reconocimiento del delito continuado. Algunos autores entienden que lo es, en tanto que otros, aferrándose a la letra de esa disposición legal, sostienen que ella se refiere sólo al delito permanente. En verdad el texto del art. 63, C.P., da lugar a dudas, porque establece que la prescripción de la acción corre desde la medianoche en que el “delito continuo” cesó de cometerse. En cambio, en el C.J.M. no puede caber duda alguna de que la referencia es al delito continuado, por lo cual las discusiones que tienen lugar en el derecho penal común salen sobrando. Ello surge claramente del inc. 3 del art. 603, C.J.M., que prevé que la prescripción de la acción corre “para los delitos continuos, *desde el día en que se cometió el último hecho*”. Esta disposición es clarificante, pues importa el expreso reconocimiento legal del delito continuado.

§ 437. Ante tal reconocimiento expreso, las tesis según las cuales el delito continuado no tiene realidad legal se eliminan en el ámbito jurídico penal militar, no restando más que averiguar dogmáticamente cuáles son sus requisitos.

En principio, el delito continuado requiere *un factor psicológico o factor final*, es decir, una unidad de dolo o de resolución, que también se ha llamado —aunque equívocamente— *dolo unita-*

Así, quien estando encargado de la derrota decide inducir en error al comandante de una nave, con el objeto de llevarla a un lugar distinto de su destino, y para ello le va suministrando sucesivos informes falsos, no incurre en tantos delitos como informes falsos suministra, sino en un único delito del art. 789, C.J.M. Es obvio que el factor psicológico o final, es decir, la unidad de resolución, ya está dada por su determinación previa de conducir la nave a un destino diferente del asignado en el servicio.

Además del aspecto subjetivo que ya vimos, en lo objetivo se requiere la identidad del bien jurídico tutelado y la identidad del tipo en que incurre la conducta, aunque este último requisito es relativo, pues puede darse continuidad con tipos calificados y básicos.

La continuidad temporal y espacial no es tampoco un requisito invariable del delito continuado, pero puede ser un indicio importante.

Tampoco se requiere la identidad del titular del bien jurídico, salvo en ciertos tipos. Se dice que en los tipos en que el delito continuado requiere la identidad del titular del bien jurídico se trata de bienes jurídicos “personalísimos” o “altamente personales”. Este concepto no está muy claro doctrinariamente. Por nuestra parte entendemos que la identidad del titular del bien jurídico se requiere en los casos en que el tipo implica una ingerencia en la persona misma del titular y no sólo en sus derechos. Hay una continuidad de la conducta si un sujeto sigue dando golpes a la misma persona, pero no puede hablarse de delito continuado si se trata de personas diferentes. Este problema sólo puede plantearse en los delitos militares con bien jurídico complejo, como el maltrato de obra al

superior (delitos militarizados).

Sintetizando, entendemos que hay delito continuado cuando:

- a) hay unidad de resolución;
- b) repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, que admite grados de afectación;
- c) realizada en forma similar y
- d) cuando la conducta implica una ingerencia física en la persona del titular, identidad física del titular.

§ 438. Cabe aclarar que la continuidad del delito se interrumpe por efecto de la sentencia condenatoria, porque la sentencia rige para el pasado, pero no puede, en modo alguno, pronunciarse sobre hechos futuros. Así, comete una sola deserción el personal subalterno que no se presenta al servicio, pero si después de juzgado, en razón de la misma resolución previa, sigue incurriendo en la omisión de su deber de servicio, comete una nueva infracción.

La importancia práctica de distinguir cuándo hay delito continuado y cuándo un concurso real, finca en que en el segundo caso debe considerarse como agravante la pluralidad de infracciones, lo que no sucede en el primero, en el que hay una única infracción.

III. EL CONCURSO APARENTE DE TIPOS (CONCURRENCIA IDEAL IMPROPIA).

§ 439. Tampoco hay pluralidad de infracciones, pero esta vez porque no hay concurso ideal, cuando sólo aparentemente tiene lugar una concurrencia de tipos penales en una misma conducta, pero, analizada la cuestión, resulta que uno o varios tipos se ex-

cluyen, en forma tal que no deba aplicarse el primer párrafo del art. 585, C.J.M., en función de que sólo hay una infracción (una tipicidad).

En la *concurrencia ideal propia*, los tipos penales no se excluyen, sino que dan lugar a una tipicidad plural; en la *concurrencia ideal imprópria* (*o concurso aparente*) un tipo excluye a los restantes.

La problemática de la *concurrencia imprópria* se compone de una serie de reglas que se aplican para interpretar el alcance de los tipos penales. Dichas reglas se sintetizan en tres principios fundamentales: *especialidad, subsidiariedad y consunción*.

§ 440. a) Dos tipos se excluyen en función del principio de *especialidad* cuando uno de ellos abarca las mismas características que el otro y, además, una característica complementaria, que toma en cuenta otro punto de vista. En este caso, el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general. Se trata de una relación de *subordinación* de los tipos especiales respecto de los generales, que responde al antiguo principio según el cual la ley especial deroga a la general. Esta relación de subordinación tiene lugar en la forma de *encerramiento conceptual*: no se concibe el cumplimiento del tipo especial sin el cumplimiento simultáneo del tipo general.

La relación de subordinación existe entre los tipos básicos y los calificados: todo tipo calificado será especial respecto del tipo básico o fundamental.

La misma relación de especialidad se produce cuando el propio legislador caracteriza a la tipicidad como residual: "si no resulta delito a que corresponda pena más grave", es la cláusula residual más comúnmente usada, la cual se halla frecuentemente en el C.J.M. (art. 745, por ejemplo), pero, además el

art. 870 del Código castrense prevé una cláusula residual de carácter general para el caso de concurrencia de tipos del C.J.M. y del C.P., disponiendo la especialidad del tipo con pena "mayor o más grave".

§ 441. b) Así como en la especialidad hay un "encerramiento conceptual" del tipo general por obra del tipo especial, en la *consunción* hay un encerramiento material de un tipo por el otro. Es decir, el tipo encierra materialmente un agotamiento del tipo consumido, como sucede con la traición a la Nación, cuando se presenta en la forma del inc. 1 del art. 622, C.J.M., en que "hacer armas contra la Nación, militando bajo las banderas de sus enemigos", consume todos los actos que un sujeto es capaz de cometer en tales circunstancias. Dicho de otra manera: todos los actos que pueda cometer un enemigo y que de su parte no harían más que comprenderle en la mera condición de prisionero de guerra, cometidos por quien no puede —o mejor dicho, no debe— ser enemigo, serían delitos (y hasta crímenes atroces), pero todos estos actos quedan materialmente abarcados cuando los comete el militar argentino que, con ello, está cometiendo una traición a la Nación.

§ 442. c) El tercer principio que regula la concurrencia ideal impropia, es el principio de *subsidiariedad*. Este fenómeno tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico, desplaza a la que abarca una afectación de menor intensidad. En la *especialidad* hay un *encerramiento conceptual*, en la *consunción* hay un *encerramiento material*, pero en la *subsidiariedad* hay un encerramiento que se opera por progresión de la afectación típica.

La tipicidad subsidiaria no queda descartada por la que es aplicable, sino solamente *interferida* por la punibilidad de la misma como hipótesis delictiva. Si tal hipótesis no se configura, la tipicidad subsidiaria deja de estar subsidiada y opera como otra hipótesis delictiva.

La idea según la cual hay sólo dos formas de concurrencia aparente, admitiendo como tales a la especialidad y a la subsidiariedad, sería correcta si olvidáramos que el tipo no es un concepto meramente formal, sino que demanda un contenido material, que está dado por la afectación del ente que es objeto de la tutela jurídica. Recién cuando contemplamos este requerimiento material de la tipicidad vemos que junto a la forma de encerramiento conceptual —especialidad— hay una forma de encerramiento material, y que desde un punto de vista material también afecta en forma diferente la subordinación que tiene lugar por una cobertura formal que apunta a otros puntos de vista, y que ambas se distinguen nítidamente de la cobertura que se opera sólo por intensificación de la afectación del mismo bien jurídico.

La *especialidad* tiene lugar cuando un tipo que apunta a combinar la tutela con la de otros objetos abarca conceptualmente al tipo desplazado; la *consunción* cuando en caso similar al anterior abarca materialmente la tipicidad que eventualmente puede darse; la *subsidiariedad* cuando la tipicidad que tutela el mismo bien jurídico desplaza a la que abarca un grado menor de afectación.

Conforme a lo dicho, la subsidiariedad abarca el supuesto del llamado "hecho anterior impune" que comprende los casos en que las etapas posteriores del *iter criminis* desplazan a las anteriores. Así,

quedan en posición subsidiaria los actos preparatorios tipificados respecto de los actos ejecutivos, siempre que no excedan en ningún sentido el objeto de la tutela. Los actos ejecutivos quedan subsidiados por el delito consumado. La complicidad queda subsidiada por la instigación, y ambas, por la autoría. La comisión culposa queda subsidiada por la dolosa.

En general, el criterio valorativo rector respecto de qué es lo subsidiado se extrae de la cuantía penal, que es la indicadora del grado de afectación. Se entiende que el grado de afectación más intenso es el que está comminado con pena más grave y, por consiguiente, es el que desplaza a los menos graves. Por supuesto que en cada caso habrá que establecer previamente que la escala penal no se halle alterada por alguna referencia a la culpabilidad.

PARTE TERCERA
TEORÍA DE LA
COERCIÓN PENAL MILITAR

Capítulo XIX

CONDICIONES DE OPERATIVIDAD DE LA COERCIÓN PENAL

I. LA PUNIBILIDAD.

§ 443. Una larga discusión doctrinaria tiene lugar en cuanto a si la punibilidad es una característica del delito o es una cuestión que integra la teoría de la pena. Para unos, la inclusión de la punibilidad en la teoría del delito es tautológica, porque los caracteres del delito son precisamente los que deben fundar su punibilidad. Para otros, en vista de que hay conductas típicas, antijurídicas y culpables, que no son punibles, la punibilidad debe integrar la teoría del delito.

La voz "punibilidad" tiene dos sentidos que debemos distinguir claramente: a) *punibilidad* puede significar *merecimiento de pena*, ser digno de pena; en este sentido todo delito (toda conducta típica, antijurídica y culpable) por el hecho de serlo, es punible; b) *punibilidad* puede significar *posibilidad de aplicar pena*; en este sentido no a cualquier delito se le puede aplicar pena, es decir, no a todo delito se le puede dar lo que tiene merecido. La *punibilidad en el sentido a) no siempre puede satisfacerse en el sentido b)*. Ello no obedece a que falte ningún carácter del delito, sino a una cuestión que tiene lugar y opera dentro de la misma teoría de la coer-

ción penal. La afirmación de que el delito es punible —sentido a)— surge de la afirmación de que es delito, pero la coercibilidad a que da lugar el delito no siempre opera, porque hay una problemática que le es propia y que ocasionalmente impide su operatividad —sentido b)—.

El delito, por el hecho de serlo, es merecedor de pena —punible en sentido a)—, así como el niño travieso es merecedor de una palmada correctiva por parte de la madre, pero puede suceder que por un motivo que nada tiene que ver con el delito en sí, la pena no pueda aplicarse, así como puede suceder que la madre no aplique la palmada porque tiene la mano lastimada, sin que ello afecte para nada la existencia de la travesura del malcriado.

En síntesis:

Una conducta es punible	digna de pena	por ser típica, antijurídica y culpable (delito)
La pena (coerción penal)	de que es digno todo delito	a veces no se aplica por razones que corresponde estudiar a la misma teoría de la coerción penal, y que nada tienen que ver con la existencia misma del delito.

II. CONDICIONES QUE HACEN OPERAR LA COERCIÓN PENAL

§ 444. Hemos visto que pese a que todo delito es merecedor de la pena, ocasionalmente la pena no

se aplica, porque hay algún impedimento que obsta a que su imposición opere, es decir, algún impedimento a la operatividad de la coerción penal.

Esto significa que la coerción penal por el delito sólo opera dadas ciertas *"condiciones"*, que genéricamente llamamos *"condiciones de operatividad de la coerción penal"*. El lugar adecuado para su tratamiento no puede ser otro que la misma teoría de la coerción penal.

Estas condiciones de operatividad de la coerción penal no son siempre penales sino que también suelen depender de disposiciones de carácter incuestionablemente procesal. De allí que se imponga una clasificación primaria de las mismas, en *condiciones penales* y *condiciones procesales* para la operatividad de la coerción penal.

Antes de entrar a su tratamiento particularizado, haremos un breve sobrevuelo para obtener una visión panorámica de las mismas.

§ 445. *Las condiciones de operatividad de la coerción penal que tienen carácter penal son causas personales que cancelan la penalidad*, porque dependiendo de un acto o de una circunstancia sobreviniente al delito, hacen cesar la coerción penal que hasta ese momento se había puesto o podía haberse puesto en movimiento. Dentro de estas últimas, es decir, de las causas personales que cancelan la penalidad, podemos contar la prescripción de la pena, el indulto y algunos casos especiales como por ej. los arts. 696 y 760, C.J.M.

§ 446. *Las condiciones de operatividad de la coerción penal de naturaleza procesal suelen llamarse también "requisitos de perseguitabilidad"*, y las hay que rigen para ciertos delitos en particular, como las previas condenas disciplinarias por deserción para

incurrir en la pena del art. 722, C.J.M.; las que se refieren a las condiciones de ejercicio de las acciones procesales en general, y que son distintas según la jerarquía del sujeto activo; un tercer grupo que consiste en la ausencia de impedimentos de perseguibilidad, es decir, de causas de extinción de la acción penal, y una cuarta condición, limitada a la ejecutoriedad de la sentencia, que es el "cúmplase" presidencial.

§ 447. En síntesis:

Condiciones de operatividad de la coerción penal	<i>Penales</i> (Causas personales que cancelan la penalidad)	Que no se haya operado la prescripción de la pena (arts. 614 a 618, C.J.M.). Que no haya mediado indulto (arts. 609, 612, 480, 122 inc. 8, C.J.M.). Que no medien los obstáculos particulares de los arts. 696, 625, 648 y 760, C.J.M.
	<i>Procesales</i> (Requisitos de perseguibilidad)	Que medien los requeridos para ciertos delitos particulares (art. 722, C.J.M.). Que no medien los que obstan al ejercicio de las acciones en general (arts. 177 a 180, C.J.M.). Que no haya causas de extinción de la acción penal (art. 593 a 606, C.J.M.). Que medie el "cúmplase" presidencial (arts. 468 y 469, C.J.M.).

III. *PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.*

§ 448. El trascurso del tiempo sin que la pena se ejecute, hace que cese la coerción penal. Del mismo modo se extingue también la acción procesal cuando no se ha llegado a la sentencia. Si bien se trata de dos prescripciones distintas, puede sostenerse que su fundamento es análogo, aunque en la prescripción de las acciones se agrega otro fundamento que luego veremos.

El fundamento de la prescripción es distinto según sea la posición que asuman los autores respecto de la "teoría de la pena", es decir, sobre su concepto mismo del derecho penal.

Dejando de lado a los autores que pretenden que la prescripción siempre se funda fuera del derecho penal, particularmente en consideraciones procesales, afirmando que el tiempo hace difícil producir las pruebas —teoría que no puede valer para la prescripción de la pena—, hay quienes partiendo de la teoría de la prevención general afirman que el fundamento de la prescripción es que el tiempo borra el recuerdo del delito y sus consecuencias morales para la sociedad. Por nuestra parte, y conforme a la teoría de la prevención especial (por la que nos hemos inclinado), creemos que la razón fundamental de la prescripción es que "no es el mismo hombre el que está delante del tribunal que el que cometió el hecho", como no es el mismo hombre el que está delante del órgano de ejecución que el que fue sentenciado. Si la resocialización se produce sola, sin intervención de la coerción penal, ésta carece de sentido.

§ 449. Esta cancelación de la coerción penal militar se opera, para las penas del derecho penal

militar ordinario, con el trascurso de veinticinco años para la pena de reclusión por tiempo indeterminado, de quince años para la reclusión por tiempo determinado, de ocho años para la prisión mayor, y para las restantes penas privativas de libertad, por un tiempo igual al de la pena (art. 615, C.J.M.).

En el derecho penal militar no se prescriben todas las penas, puesto que la pena de degradación es imprescriptible, dado que por expresa disposición legal sólo cabe la rehabilitación por ley (art. 615, C.J.M., último párrafo). La naturaleza de esta pena explica la referida disposición: La pena de degradación se impone como preventiva especial, pero también como tutelar de la disciplina militar, no pudiendo admitirse que el mero trascurso del tiempo devuelva la dignidad y jerarquía militar a quien se sustraiga al cumplimiento de la pena.

§ 450. El art. 616, C.J.M., dispone que "los términos para la prescripción de las penas empiezan a correr desde el día en que la sentencia queda firme, o si la sentencia ha comenzado a cumplirse, desde el día en que la ejecución se interrumpe". Al igual que el C.P., el C.J.M. prevé dos hipótesis distintas: a) que la pena no se haya ejecutado nunca; b) que haya comenzado a ejecutarse y se haya quebrantado su cumplimiento.

En la primera hipótesis se requiere que una sentencia firme haya impuesto pena, la que debe ser notificada personalmente al procesado, sea que éste se halle privado de libertad (arts. 402, 464, segundo párrafo, C.J.M.), o en caso de hallarse en libertad (art. 316, C.J.M.) se dispondrá la inmediata detención del procesado (art. 402, C.J.M.) al notificarle en la unidad militar la sentencia. Sea que se consienta la sentencia o que la misma no fuese recurrible, no co-

menzará a ejecutarse hasta la obtención del "cúmplase", de modo que si el condenado por sentencia firme queda rebelde después de la notificación y antes del cumplase, ya corre la prescripción desde el momento de la notificación.

La *segunda hipótesis* requiere que se haya interrumpido el cumplimiento de la pena. Si se trata de pena privativa de libertad, desde que el sujeto se evade en caso de estar privado de libertad o desde que quebranta la libertad condicional o no se reintegra al instituto en caso de salida anticipada.

La prescripción de la pena se interrumpe "por la presentación voluntaria del condenado o por su aprehensión" (art. 617, inc. 2, C.J.M.) y también por la comisión de un nuevo delito (arts. 617, inc. 1, y 604, C.J.M.). Otra interrupción de la prescripción de la pena tiene lugar en el caso del art. 114, C.J.M., "cuando el procesado no pudiere cumplir la pena impuesta por los tribunales de esta jurisdicción, por encontrarse a disposición de la justicia ordinaria". En este caso la prescripción de la pena comenzará a correr desde que deje de estar a disposición de la justicia ordinaria.

El art. 618, C.J.M., establece que son aplicables a la prescripción de la pena las disposiciones referentes a la prescripción de la acción penal en cuanto no se opongan a las disposiciones especiales sobre prescripción de la pena. Conforme a ello, rige respecto de la prescripción de la pena lo dispuesto en los arts. 597, 598 y 599, C.J.M.

El art. 614, C.J.M. establece que "la prescripción de una pena extingue el derecho de exigir su ejecución y el de conmutarla por otra". La última aclaración es lógica consecuencia de la naturaleza de la prescripción, porque si ésta elimina la pena, no puede de modo alguno conmutarse, es decir, cambiar-

se, esa pena por otra, porque lo que se extinguió ya no existe y por ende, no puede ser cambiado.

IV. INDULTO.

§ 451. El art. 609, C.J.M. establece que la pena se extingue por el indulto (inc. 1) y por la conmutación (inc. 2). La conmutación, en realidad, extingue la pena que se cambia, pero no la punibilidad, porque la pena que se extingue se reemplaza por otra: "la conmutación importa la remisión de la pena establecida en la sentencia y su reemplazo por la designada en la resolución que la accordare" (art. 613, C.J.M.). El indulto, en lugar, produce el efecto de remitir "la pena a que el reo hubiere sido condenado" (art. 612, C.J.M.). El presidente de la Nación es el único que puede indultar penas militares, lo que debe hacer previo informe del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, al que compete "informar en los casos de indulto o conmutación cuando se trate de condenados por sentencia de consejos de guerra" (art. 122, inc. 8, C.J.M.).

El art. 480, C.J.M., establece que rige para el indulto la misma limitación que para la amnistía, a cuya regulación remite, en el sentido de que el indulto no extingue las indemnizaciones a que estuvieren obligados los beneficiarios (art. 478, C.J.M., primer párrafo), lo que resulta coherente, puesto que el indulto es una gracia que se limita al aspecto penal, pero que no alcanza a la sanción reparadora de naturaleza civil.

§ 452. El art. 612, C.J.M., es claro en cuanto a que el indulto sólo procede respecto de penas que se hayan impuesto por sentencia firme, lo que se coordina con la obligación de informar por parte del Consejo Supremo y la de requerir el informe previo

por parte del Poder Ejecutivo. Conforme a estos textos no cabe ninguna posibilidad de indultar a procesados. Sin embargo, esta limitación resulta a nuestro juicio inconstitucional.

En efecto; la potestad del indulto del Poder Ejecutivo no surge del C.J.M., sino de la C.N., según la cual éste puede "indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente. . ." (art. 86, inc. 6, C.N.). La jurisdicción penal militar es una manifestación especial de la jurisdicción federal, puesto que no cabe entender en sentido literal la palabra "federal" de la C.N., dado que en tal caso, se llegaría al extremo de sostener que el Poder Ejecutivo no podría indultar penas por delitos sujetos a la Justicia Nacional de la Capital Federal.

Siendo una facultad que surge del inc. 6 del art. 86, C.N., no puede estar limitada por el C.J.M., puesto que ello importaría sostener que el C.J.M. reforma la C.N., restringiendo las atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, lo que sería absurdo, porque una ley dictada en consecuencia de la C.N. no puede modificar a la C.N.

La disposición constitucional es amplia, en tal forma que, respecto del indulto, referido a "las penas por delitos", no dice si estas penas deben ser penas ya impuestas o sólo conminadas. Ante esta amplitud, se han producido vacilaciones jurisprudenciales, conforme a las cuales, en un momento dado la jurisprudencia de la Corte Suprema admitió la posibilidad de indultar a procesados, pero luego cambió en el sentido hasta ahora mantenido, que sólo admite el indulto para penados. El argumento fundamental es que el indulto para procesados afectaría su derecho de defensa, puesto que interrumpiría el proceso en cuyo tránscurso el procesado podría demostrar su

inocencia, lo que sería causa de un grave perjuicio para su reputación.

El argumento parece contundente, máxime si pensamos que el indulto es un "acto de gobierno" y, por ende, un acto político que escapa en cuanto a su fundamento al control de racionalidad jurídica y tampoco depende su efectividad de la aceptación del beneficiario. Sin embargo, analizando un poco más a fondo la cuestión, nos parece claro que el indulto, como cualquier acto de gobierno, no puede afectar el derecho de defensa en juicio, que aparece garantizado contra toda ingerencia pública y no sólo contra las leyes o los actos judiciales que puedan lesionarlo. Siendo así, y considerando que la defensa en juicio es un derecho y no un deber, como todo derecho, su único juez es básicamente, el propio interesado. Por consiguiente, el único que podría impugnar el indulto a un procesado sería el propio procesado, cuando considerase que ese indulto afecta su derecho de defensa en juicio, pero no podría hacerlo el ministerio público, que no tiene por función velar por el ejercicio de un derecho de defensa que el propio titular no quiere ejercer.

Por ende, entendemos que nada obsta al indulto de penas combinadas, con la salvedad de que esa facultad ejecutiva se encuentra limitada por el derecho de defensa en juicio del procesado, que tendrá siempre el derecho de impugnar ese acto cuando considere que le afecta el referido derecho. La actual posición de la jurisprudencia nacional —y de un sector doctrinario— importa una confusión, porque trasforma al derecho de defensa en un verdadero deber de defensa.

V. CASOS ESPECIALES

§ 453. Hemos visto, al ocuparnos de la tentativa, que un supuesto de causa personal de cancelación de la penalidad es el desistimiento voluntario (art. 43, C.P.) y también que, en ciertos casos, quedaba impune la conspiración cuando el sujeto se arrepintiese activamente antes de comenzar la ejecución del delito (traición, rebelión, motín). También la conducta posterior del autor, una vez consumados los actos de cobardía tipificados en el art. 759, deja impune tales conductas, cancelando su penalidad, cuando el sujeto "vuelva a la acción y se conduzca en ella de una manera digna" (caso en que se hace posible sólo de una sanción disciplinaria) o si en ella "diese pruebas de extraordinario valor realizando algún acto heroico" (caso en el que no se le aplica sanción alguna) conforme a lo dispuesto por el art. 760, C.J.M.).

§ 454. El cumplimiento de la condena, mencionado en el inc. 3 del art. 609, C.J.M., no obsta a la operatividad de la coerción penal, sino que la extingue, de modo que nunca puede operar lo que no existe, por haberse extinguido. El art. 610, C.J.M., por su parte, dice que "la muerte del condenado extingue la pena corporal", lo que no es rigurosamente más que una irreversible imposibilidad física de hacerla efectiva. La voz "pena corporal" es criticable, puesto que en el derecho penal vigente no hay penas "corporales" (como los azotes y las marcas, mutilaciones, etc.). Cabe entender que con ella quieren denotarse la llamada "pena de muerte" y las penas privativas de libertad. La disposición del art. 610, C.J.M., carecería de sentido si se limitase a señalar que la muerte impide la privación de libertad o el

fusilamiento del muerto, por lo que no cabe entenderla con criterio tan infantil, sino que sirve para señalar que las penas de degradación (que entraña a la sanción de destitución) no se extinguieren con la muerte del penado, cuyos parientes no podrán reclamar lo que éste había perdido en función de ellas.

VI. REQUISITOS DE PERSEGUÍBILIDAD PARA ALGUNOS DELITOS EN PARTICULAR.

§ 455. No es común que el derecho penal contenga requisitos de perseguitibilidad o de procedibilidad respecto de algunos delitos particulares, aunque hay casos claros en el C.P. Más raros aún son en el derecho penal militar, donde uno de los pocos casos lo configura la deserción en el supuesto del art. 722, C.J.M., que requiere que con anterioridad se le hayan impuesto al sujeto dos sanciones disciplinarias por igual conducta, las que deja sin efecto la misma condena penal. La redacción del art. 722, C.J.M., parece, superficialmente considerada, contentarse con la "comisión" de tres o más deserciones, pero la previsión de la segunda parte del artículo deja en claro que requiere la efectiva aplicación previa de las sanciones disciplinarias ("quedando sin efecto, en este caso, las sanciones disciplinarias pendientes que le hubieren sido impuestas por las deserciones anteriores").

VII. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES PROCESALES PENALES MILITARES EN GENERAL.

§ 456. En el derecho procesal penal militar la acción es siempre pública. No obstante, el sumario

debe iniciarse por orden de una autoridad competente, que en la ciudad de Buenos Aires son los "ministerios militares" o los funcionarios militares que ellos expresamente designen (art. 177, C.J.M.) y fuera de la ciudad de Buenos Aires los "jefes con mando superior independiente" y los "directores de establecimientos militares" siempre que tengan adscritos jueces de instrucción (art. 178, C.J.M.).

La circunstancia de que sea necesaria la orden de proceder a la instrucción de sumario no significa que el derecho procesal penal militar se rija por el "principio de la oportunidad", sino que la "legititud" rige plenamente en él. La autoridad de que émano la orden se limita únicamente a expedirla si considera que hay mérito suficiente para instruir el sumario, absteniéndose de hacerlo en caso contrario, pero incurre en responsabilidad penal (al menos por la vía del art. 248, C.P., es decir, por incumplimiento de los deberes de funcionario público) la autoridad que frente a una *notitia criminis* con apariencia de seriedad, no imparte la orden de instruir el sumario.

El art. 179 dispone que "en las causas de los oficiales generales y funcionarios letrados en la administración de justicia, la orden de proceder a la instrucción de sumario será dictada siempre por el presidente de la Nación". Este requisito obedece a que la mayor jerarquía o la especialísima función del sujeto, hacen que la orden de instruir el sumario revista una mayor trascendencia para la fuerza armada, debiéndose evitar al máximo las órdenes de tal naturaleza que resulten infundadas a esos niveles, porque producen una inútil alarma en el cuerpo. Por ello se exige que sea la máxima autoridad militar del país quien la imparta. No obstante, rige a su respecto lo mismo que hemos dicho con referencia

a las restantes autoridades, de forma que el art. 179 no puede entenderse como confiriendo al Poder Ejecutivo la facultad de juzgar la oportunidad de la orden, sino sólo su procedencia legal, por lo cual, la omisión de la misma en caso de *notitia criminis* sería, da lugar a responsabilidad política y penal del presidente de la Nación.

VIII. LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PROCESAL PENAL MILITAR.

§ 457. El art. 593, del C.J.M. enumera las que se consideran "causas" de extinción de la acción penal. No obstante, no todas son tales causas, puesto que la muerte del imputado (inc. 1) apareja la cancelación de la acción penal en razón de quedar sin objeto la misma, puesto que no habrá ya prevención especial alguna a la que proveer. El art. 595, C.J.M., limita el efecto de la muerte del imputado respecto de la acción procesal penal en lo que a la "pena corporal" se refiere. Por "pena corporal" aquí no puede entenderse lo mismo que en el art. 610, puesto que es inadmisible que, muerto el procesado, la acción penal siga para la pena de degradación. La pena *post mortem* es absolutamente inconstitucional en nuestro derecho. El único sentido que puede tener el art. 595, C.J.M., es la advertencia de que la muerte del imputado no extingue la acción civil, es decir, la acción procesal que se pone en movimiento para la indemnización.

§ 458. El art. 593 menciona también a la *amnistía* como una de las "causas" de extinción de la acción penal (inc. 2), cuando en realidad, tal como lo hemos visto, la amnistía es una forma de desin-

criminación anómala, que no sólo extingue la acción procesal, sino que también hace cesar la punibilidad después de la sentencia firme y, en general, todos los efectos de la relevancia penal de la conducta.

§ 459. La *sentencia irrevocable* y el *sobresentimiento definitivo* (inc. 4 del art. 593, C.J.M.), no extinguen sino que *agotan* la acción procesal, como resultado de que la misma llega a término, es decir, a la coronación o descarte de una pretensión punitiva originada en una *notitia criminis*, lo que, al mismo tiempo, impide el nacimiento de otra acción procesal por el mismo hecho (*non bis in idem*, art. 605, C.J.M.).

§ 460. La verdadera causa de extinción de la acción procesal es la prescripción de la misma, que se opera con el trascurso del tiempo, desapareciendo el derecho de proceder contra los responsables (art. 597). Los términos para que se opere la prescripción están establecidos en el art. 600, C.J.M.: quince años para los delitos conminados con *reclusión por tiempo indeterminado*, diez años para los conminados con *reclusión por tiempo determinado*, o con *degradación*, seis años para los conminados con *prisión mayor*, cuatro años para los delitos reprimidos con cualquier otra pena. En el caso de que el delito fuese conminado con penas alternativas, determinará la prescripción de la acción la *más grave* de las penas conminadas (art. 602, C.J.M.).

Los términos para la prescripción de la acción procesal corren en los *delitos instantáneos* desde el día en que fueron cometidos, o sea, *consumados* o en que se *agotó su comisión* ("en que éstos fueron cometidos", art. 603, inc. 1, C.J.M.) lo que también

vale para los delitos permanentes, en que la prescripción corre *desde que cesa su comisión* (no "fueron cometidos" sino que se siguen cometiendo, mientras el resultado se sostiene). En los *delitos tentados*, desde que se reliza el *último acto ejecutivo* (art. 603, inc. 2). En los *delitos continuados*, desde que se cometió el *último hecho* (inc. 3). En las *omisiones*, desde el día en que *debió realizarse la acción ordenada por la norma*. Esta última consecuencia se extrae del inc. 4 del art. 603, C.J.M., y de la estructura misma de la tipicidad omisiva: el inc. 4 se refiere a las *deserciones*, estableciendo que el plazo corre desde "el día en que aquéllas se reputan consumadas", pero es obvio que se está refiriendo a las *deserciones por omisión*, mas no a las *deserciones por acción*, como son las del art. 720, C.J.M. (mediante fractura, escalamiento, etc.), con lo que tácitamente sienta una regla válida para cualquier omisión, puesto que si la estructura típica omisiva abarca la conducta distinta de la debida, ésta se consuma *cuando debiendo realizarse una conducta, se realiza otra diferente de la debida*.

En los términos para la prescripción se cuenta el día en que la misma comienza a correr y también el día en que concluye. Los mismos deben trascurrir en forma continua, sin que sea admisible la suspensión del término, que puede interrumpirse (darse un hecho que lo interrumpa, debiendo comenzar a contarse nuevamente a partir del mismo todo el término) pero no suspenderse (ningún hecho puede hacer que el tiempo anterior al mismo se sume al posterior, quedando una solución de continuidad que no se compute).

§ 461. La prescripción de la acción es eminentemente personal, porque la que se opere en beneficio

de un procesado (o la interrupción que lo perjudica) no extiende sus efectos a los otros coprocesados (art. 598, C.J.M.). No obstante, a este respecto, el art. 606, C.J.M., quiere evitar el escándalo jurídico, por lo que dispone que, si bien "la sentencia pronunciada contra alguno de los autores de un delito, no perjudicará a los demás responsables no juzgados cuando sea condenatoria", "les aprovechará la absolutoria si tuvieran a su favor las mismas causales de extinción de la acción penal que sirvieron de fundamento a la absolución".

La prescripción se interrumpe con la comisión de un nuevo delito respecto de su autor (art. 604, C.J.M.), sin que sea suficiente un mero procesamiento sino únicamente la condena por el nuevo delito. El plazo de prescripción tampoco corre mientras el sujeto no se halle a disposición de la justicia militar porque corresponda intervenir antes a la justicia ordinaria, mientras permanezca a disposición de esta última (art. 114, C.J.M.).

IX. EL "CÚMPLASE" PRESIDENCIAL.

§ 462. No toda sentencia condenatoria en sede militar necesita el "cúmplase" presidencial, sino sólo aquellas en que se imponga la llamada " pena de muerte" o las que recayeren sobre "personal superior" (art. 468, C.J.M.). En los restantes casos el "cúmplase" debe ser ordenado por el comandante en jefe del arma respectiva:

La orden de ejecutar la sentencia militar importa un *control de legalidad* de ella puesto que la autoridad competente *debe* demorar el mismo en razón de haberse iniciado un juicio por prevaricato o cohecho contra los jueces que la hubiesen dictado y, en

caso de que conforme al mismo, la sentencia fuese injusta, el presidente de la Nación podrá devolverla al tribunal que la dictó para que sea fallada de nuevo (art. 469, inc. 5). En función de este control de legalidad, también debe demorar la orden de ejecución de la sentencia, cuando medie una contienda de competencia promovida después de dictada la sentencia y antes de disponer su "cúmplase", o cuando se interpusiere "recurso de hecho ante la Corte Suprema". La misma autoridad *puede* demorar el cumplirse "en casos excepcionales de operaciones de guerra" y "necesidades de servicio". En cualquiera de estos casos, la demora será "sólo por el tiempo necesario" (art. 468 C.J.M.).

Queda claro que el "cúmplase" (presidencial o del comandante del arma) no es un acto discrecional, sino un control de legalidad o una aplicación muy restringida del principio de oportunidad, limitado a casos excepcionales y a situaciones transitorias, nada más que por el tiempo necesario. La autoridad competente, en ningún caso puede modificar la sentencia por delito militar ni demorar arbitrariamente el "cúmplase", quedando a salvo las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo para indultar o commutar las penas (art. 469, incs. 1 y 2, C.J.M.).

Capítulo XX

MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN PENAL MILITAR

I. LAS PENAS MILITARES.

§ 463. Las penas *principales* del *derecho penal militar ordinario* son la *reclusión* (que puede ser por tiempo indeterminado o determinado) y la *prisión* (mayor o menor) como penas privativas de libertad, y la *degradación*, como pena privativa de derechos.

Las penas *accesorias* son para los oficiales la destitución y para suboficiales, clases y tropas la incorporación a un cuerpo de disciplina, que van siempre anexas a la reclusión y a la prisión mayor. La prisión menor tiene como accesoria, para los oficiales, la suspensión de empleo. La degradación tiene como pena accesoria la prisión menor y entraña a la destitución.

Sintéticamente, las penas del derecho penal militar ordinario ofrecen el siguiente panorama:

Penas principales		Penas accesorias (art. 545)
Privativas de libertad (arts. 528, 2º, 3º y 4º, 542)	Reclusión (arts. 531, 534) (x)	por tiempo indeterminado (art. 534). Para oficiales: destitución (arts. 538, 552, 548)
	Por tiempo determinado (art. 535).	Para suboficiales, clases y tropa: cuerpo de disciplina (art. 539).
Prisión (art. 532)	mayor (art. 537) (x)	Para oficiales: suspensión de empleo (540, 553) (v. 541)
	menor (art. 540) (●)	
Degradación (arts. 533 y 543) (x)		Prisión menor (arts. 544, 540). Destitución (art. 543, 1)

- (x) Penas para delitos militarmente infamantes (reclusión, prisión mayor, degradación).
 (●) Penas para delitos militarmente no infamantes (prisión menor).

II. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR DELITOS MILITARMENTE INFAMANTES.

§ 464. Desde antiguo se ha distinguido en nuestra legislación penal —como en toda la legislación penal antigua— entre penas infamantes y no infamantes. Así, nuestro primer C.P. receptaba atenuadamente la diferencia entre penas que privaban del honor y penas que no privaban del honor (“penas privativas del honor y humillantes” decía el Código Tejedor, arts. 118 a 127). No obstante, lo privativo del honor no es la pena, sino el delito, del que la pena no es más que su consecuencia jurídica. Por consiguiente, hay delitos que producen un efecto ineludiblemente infamante y que en el orden civil la pena debe recoger o reconocer, asignándole como consecuencia una indignidad para desempeñar ciertas funciones o actividades. Por supuesto que, como todo lo relacionado con el honor, es una cuestión culturalmente condicionada, pero que el derecho no puede pasar por alto. Así, una conducta atípica en el derecho penal común, como es la homosexualidad entre adultos, resulta, conforme a las actuales pautas del derecho penal militar, altamente infamante (art. 765, C.J.M.), al punto de aparejar degradación, en tanto que era fomentada en la cultura espartana como forma de instrumentar el valor militar. De cualquier manera, el derecho penal —común o militar— reconoce las pautas culturales y, por consiguiente, asocia a los delitos infamantes penas privativas de los derechos de que se ha hecho indigno el autor con su conducta.

Es menester precisar esto, porque las penas no son infamantes, puesto que las mismas no se conciben en la moderna penología, si se toma el término en

sentido estricto: una cosa es la privación de derechos que surge como consecuencia del carácter infamante del delito, y otra es una pena que expone al condenado a la vergüenza pública, lesionando todo sentimiento de autoestima y envileciéndolo, al modo de la "picota". Estas últimas son las "penas infamantes" en sentido estricto, que no existen en nuestro derecho penal vigente.

§ 465. El mismo Tejedor, en los albores de nuestra legislación penal, advirtió sobre la existencia y la inconveniencia de las penas infamantes *stricto sensu*, recordando a Bentham, quien decía que "la infamia, cuando se lleva a un alto grado, lejos de servir a la corrección del individuo, lo fuerza a perseverar en la carrera del crimen. Tal es el efecto natural de la manera en que es considerado por la sociedad. Su reputación está perdida, no encuentra perseverancia ni benevolencia, nada tiene ya que esperar de los hombres, y por consiguiente nada que temer, su estado no puede empeorar" (Tejedor, p. 80).

De allí que nuestro C.J.M. no haga necesariamente pública ni siquiera la degradación, que también puede ser privada (art. 533, C.J.M.), puesto que, como bien lo advirtieron los antiguos penalistas del siglo XIX, además de los efectos nocivos individuales de las llamadas "penas infamantes" en sentido estricto, su frecuencia acarrea un envilecimiento general, al habituar al público al espectáculo de la infamia y del escarnio.

§ 466. De lo dicho resulta que en nuestro C.J.M. hay dos clases de penas: las que corresponden a delitos que hacen al sujeto indigno de seguir revisando la condición de militar (*reclusión, prisión mayor y degradación*), y las que corresponden a delitos

que no tienen tal efecto (*prisión menor*). En cuanto a las penas privativas de libertad, la reclusión y la prisión mayor corresponden a delitos que dan lugar a que el autor quede excluido de su condición de militar, por lo que aparejan —como necesaria consecuencia—, la destitución (art. 538, C.J.M.) a diferencia de la prisión menor, por lo cual, su régimen ejecutivo debe ser necesariamente distinto.

La diferencia entre reclusión y prisión mayor —que se mantiene en el C.J.M.— es una supervivencia de la antigua distinción entre las penas aflictivas y no aflictivas. Conforme a esta tradición, que recibió también nuestro C.P., la pena de reclusión debe ser de ejecución más rigurosa, o sea, que su ejecución debe ser más pesada para el penado, importando una mayor carga de dolor.

La reclusión reemplaza al "presidio" del Código Bustillo, que era marcadamente aflictivo, puesto que consistía "en la sujeción a trabajos forzados, constantes, y sin compensación" (art. 521, del C. de Bustillo). Sacheri, manteniendo el carácter infamante de la reclusión y de la prisión mayor, puesto que ambas acarrean destitución, le restó casi totalmente su naturaleza aflictiva a la reclusión (antiguo "presidio") con lo que la identificó prácticamente con la prisión mayor en su aspecto ejecutivo. La escasa característica aflictiva que conservaría la reclusión se expresa en la segregación celular individual, que en ésta es nocturna y diurna, en tanto que en la prisión sólo es nocturna. No obstante, la mayor aflictividad de la reclusión respecto de la prisión mayor se compensa con la salvedad de que la segregación celular diurna tiene lugar "en las horas no destinadas al trabajo o a la instrucción, higiene y recreación indispensable" (art. 531) lo que prácticamente hace que las condiciones en que se ejecutan ambas

penas sean análogas, pese a que se prohíba expresamente el alojamiento común de los reclusos con los presos (art. 531, C.J.M., 2º párrafo).

La diferencia práctica que en el *aspecto ejecutivo* de la privación de libertad media entre la *reclusión* y la *prisión mayor* finca en que los condenados a la primera no pueden cumplirla junto con los condenados a la segunda, siendo el aislamiento diurno más riguroso para la primera que para la segunda. Estas *infimas diferencias ejecutivas entre la reclusión y la prisión mayor* dan lugar a una aproximación de ambas en cuanto a la ejecución penal, que es lo que ha acontecido en la Ley Penitenciaria Nacional (decreto-ley 412/58) con las penas de reclusión y prisión del C.P.

Esta aproximación ejecutiva pone de relieve que la diferencia entre reclusión y prisión mayor es una supervivencia tradicional, siendo preferible la moderna tendencia a la unificación de la pena privativa de libertad, con gran pluralidad de posibilidades ejecutivas.

Ante la ausencia de preceptos expresos, que configuren un derecho militar de ejecución penal (o derecho penal militar ejecutivo o derecho penitenciario militar), y siendo obligatorio el trabajo y el aislamiento celular nocturno —y en limitada medida diurno— de los penados, conforme a las disposiciones del Código castrense (arts. 531 y 537), y teniendo en cuenta que la ley penitenciaria nacional (decreto-ley 412 de 1958) es complementaria del Código Penal (art. 131 de la ley de ejecución penal), las disposiciones de la citada ley son aplicables a la ejecución de penas privativas de libertad militares, puesto que nada obsta a que ello ocurra respecto de la reclusión y de la prisión mayor, en función de la remisión genérica del art. 510, C.J.M.

III. LA PRISIÓN MENOR.

§ 467. La prisión menor es una pena privativa de libertad que puede ser impuesta como pena principal —en cuyo caso lo es por delito que no causa indignidad— o como pena accesoria de la degradación, caso en el que el delito, obviamente, causa indignidad (art. 544, C.J.M.). Si bien el art. 540 dispone en su segundo párrafo que “durante el término de la condena, los condenados a prisión menor, serán ocupados en trabajos técnicos escritos o cartográficos que contribuyan a su mejor preparación profesional”, cabe entender que esta indicación está reservada para el caso en que la prisión menor se impone como pena principal, porque no tiene ningún sentido mejorar la preparación profesional militar de quien ha sido degradado.

La prisión menor como pena principal es una pena que —al igual que todas— cumple un cometido resocializador, pero con la particularidad de que resocializa al sujeto *como militar*, es decir, sin excluirlo de la comunidad jurídica militar.

En orden de gravedad, debe considerarse a la prisión menor como la menos grave de las penas principales, porque si bien se trata de una pena privativa de libertad, será siempre más grave que ella la degradación, puesto que invariamente la lleva como accesoria.

IV. DURACIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

§ 468. En el C.J.M. no hay pena privativa de libertad perpetua. La condena a *reclusión por tiempo indeterminado* importa que “el penado que hubiere

sufrido ya veinte años de condena, observado buena conducta y dado pruebas evidentes de reforma durante los diez últimos años, tendrá derecho a pedir que se le conceda la libertad" (art. 534, C.J.M.). Este derecho no es sólo a "pedir" porque no se trata de una "gracia", que no tendría ningún sentido regular expresamente en la ley, cuando es una potestad ejecutiva que puede pedirse en cualquier momento, por imperio constitucional. Se trata de un derecho a recuperar la libertad que le asiste al penado que ha llenado esos requisitos legales y que el tribunal de aplicación debe limitarse a constatar.

La *reclusión por tiempo determinado* tiene un mínimo de tres y un máximo de veinticinco años (art. 535).

La *prisión mayor* dura de dos años y un día hasta seis años (art. 537), en tanto que la *prisión menor* dura de un mes a dos años (art. 540).

Reclusión	Por tiempo indeterminado: mínimo de veinte años (art. 534).
	Por tiempo determinado: de tres a veinticinco años (art. 535).
Prisión	Mayor: de dos años y un día a seis años (art. 537).
	Menor: de un mes a dos años (art. 540).

§ 469. Una de las dudas que pueden plantearse es si las disposiciones de los arts. 13 a 17 del C.P., es decir, el instituto de la libertad condicional rige para las penas por delitos militares. A diferencia de lo que sucede con la condenación condicional —que está expresamente excluida para los delitos militares y sólo limitadamente admitida para los delitos

culposos comunes de jurisdicción militar (art. 512)—, el C.J.M. no se refiere para nada a la libertad condicional, por lo qué cabe entender que ella es de aplicación en ese terreno, por imperio de la remisión general del art. 510, C.J.M., en la medida en que la naturaleza de la pena militar lo permite. Obviamente, la omisión del legislador no ha sido un olvido, porque hacía treinta años que el instituto era reconocido por nuestro derecho penal común cuando se sancionó el vigente C.J.M. y, si Sacheri se ocupó expresamente de la condena condicional, no es concebible que olvidase la libertad condicional, particularmente, si se tiene en cuenta que se trata de una forma de ejecución de una parte de la pena y no de una cancelación de la misma.

Dado el paralelismo entre las penas de prisión y de reclusión del C.J.M. y del C.P., cabe entender que los plazos del art. 13, C.P., rigen para las penas militares temporales: *dos tercios de la pena* para el condenado a reclusión por tiempo determinado y para el condenado a prisión mayor por más de tres años; *un año* para el condenado a reclusión por tiempo determinado por tres años; ocho meses para el condenado a prisión mayor por tres años o menos y para el condenado a prisión menor. La libertad condicional no regirá para las penas de reclusión por tiempo indeterminado (v. § nº 468).

Igualmente deberán regir los demás requisitos del art. 13 del C.P. para la concesión del beneficio: deberá haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios y deberá ser concedida, por el consejo de guerra, previo informe de la dirección del establecimiento en que el sujeto haya estado cumpliendo la pena.

Las condiciones a que queda sometida la libertad durante el resto de la pena (incs. 1 al 5 del art. 13,

C.P.), tienen también vigencia en las penas privativas de libertad militares, salvo en la prisión menor como pena principal, en que la única condición que rige es la del inc. 4 ("no cometer nuevos delitos"), toda vez que las restantes carecen de sentido, puesto que el sujeto queda sometido a la disciplina militar. Lo mismo sucede cuando el condenado queda cumpliendo sus obligaciones militares después de terminar la privación de libertad, sea en cuerpo de disciplina o en cuerpos regulares, y mientras dure esta situación, debiendo cumplimentar las cinco condiciones del art. 13, C.P. si esa situación termina antes del tiempo de extinción de la pena.

El art. 14, C.P., que impide conceder la libertad condicional a los reincidentes, es de plena aplicación en el derecho penal militar, al igual que las disposiciones de los arts. 15 a 17, C.P., cuando fuere pertinente. La revocación de la libertad condicional por la comisión de un nuevo delito (art. 15, C.P.) se impone aunque el nuevo delito sea un delito común.

V. DEGRADACIÓN.

§ 470. "La pena de degradación consiste en la declaración formal de que el delincuente es indigno de llevar las armas y vestir el uniforme de los militares de la República" (art. 533, primer párrafo). "Esta declaración se hará en forma pública o en privado con las solemnidades que prescriben los reglamentos" (art. 533, segundo párrafo).

§ 471. La degradación produce, en primer término, la *destitución* del degradado. La destitución es por sí misma una sanción administrativa, pero pasa

al derecho penal militar formando parte de los efectos de la degradación. La destitución importa la pérdida definitiva del grado y la baja de las fuerzas armadas (art. 552, C.J.M.). El inc. 3 del art. 552 ("la pérdida de todo derecho contra el Estado por servicios anteriores") no rige para la degradación, en razón de la consideración particularizada a este respecto que en la regulación de la misma se hace (art. 543, inc. 3). Tampoco rige la inhabilitación especial para adquirir estado militar que contiene el art. 552, puesto que queda sobradamente abarcada por el inc. 2 del art. 543.

§ 472. El segundo efecto de la degradación es la *inhabilitación absoluta y perpetua*. El alcance de esta inhabilitación está dado por el art. 19, C.P., o sea que la misma importa: 1) la privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; 2) la privación del derecho electoral; 3) la incapacidad para obtener cargos, empleos o comisiones públicas".

La disposición del inc. 4 del art. 19, C.P., con relación a las pensiones, jubilaciones o retiros, no es de aplicación dada la previsión expresa del inc. 3 del art. 543, y del art. 548, C.J.M., al respecto.

El segundo párrafo del art. 615, C.J.M., dispone que los degradados "no podrán ser rehabilitados sino por disposición expresa de una ley". El art. 20 ter del C.P., según el texto introducido por la ley 21.338 dispone que "el condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente... durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible". Una adecuada interpretación de estas dos disposiciones nos lleva

a entender que la rehabilitación del segundo párrafo del art. 615, C.J.M., requerida de una ley especial, es la rehabilitación de los derechos *militares*, pero no de los civiles, respecto de los cuales es lógico que rija el art. 20 ter del C.P.

La incapacidad para adquirir estado militar por parte del penado debe entenderse con la misma limitación del art. 552, inc. 2: "El destituido no podrá readquirir estado militar sino en cumplimiento de las obligaciones del servicio militar que, como ciudadano, le correspondan". Ello es lógico porque la comisión de un delito no puede ser causa de exención de deberes de rango constitucional.

§ 473. El tercer efecto de la degradación es la "prohibición de usar condecoraciones y de recibir pensiones o recompensas por servicios anteriores" (art. 543, inc. 3). El art. 548, C.J.M., establece que "si el militar condenado se encontrare en situación de retiro o tuviere los servicios necesarios para obtenerlo y por efecto de la condena debiera perder aquel beneficio, los deudos del mismo con derecho a pensión conforme a la ley orgánica respectiva, recibirán la que les corresponda". Esta disposición, análoga a la del inc. 4 del art. 19 del C.P. para la ley penal común, es tan inconstitucional como aquélla, salvo en lo que respecta a las pensiones "graciables". En efecto: resulta claro que en la actualidad el derecho jubilatorio es un derecho que se adquiere mediante aportes periódicos, regulares y obligatorios lo que guarda cierta analogía con un seguro, y por ende, la privación de tal derecho es una pena accesoria de carácter confiscatorio, expresamente prohibida por la C.N. El art. 32 del decreto-ley 13.641/46 declara que tales beneficios son "inalienables e inembargables" lo que resulta lógico, puesto que de lo contrario

perdería todo su sentido la previsión social. Es absurdo que un sujeto, generalmente anciano o sin capacidad plena para trabajar, sea privado de su principal —y eventualmente única— fuente de recursos, condenándoselo a padecer miseria por el resto de su vida.

La disposición del inc. 3 del art. 543 y del art. 548, C.J.M. (al igual que su análogo inc. 4 del art. 19, C.P.), son una reminiscencia de la inconstitucional "muerte civil", y se vienen repitiendo en nuestra legislación penal desde antes del establecimiento del sistema previsional, época en la que tenían el sentido —que actualmente conservan en cuanto a ese aspecto— de hallarse limitadas a las pensiones graciables. Así entendidas no son inconstitucionales, dado que una gracia puede concederla el Estado y mantenerla condicionada, pero en modo alguno puede decirse lo mismo cuando se trata del cumplimiento de una obligación previsional, que nada tiene de "graciable".

VI. PENAS ACCESORIAS.

§ 474. Por regla general, no resulta necesaria la expresa imposición de una pena accesoria cuando ella se encuentra establecida por la ley (art. 578, C.J.M.) no obstante lo cual, en el caso de la prisión menor como accesoria de la degradación, ésta debe imponerse en forma expresa, puesto que lo será "por el tiempo que la sentencia señale" (art. 544, C.J.M.).

§ 475. La degradación no es nunca una pena accesoria. Sólo se impone junto con la pena de reclusión por delito común, pero la aclaración de que los delitos militares sólo aparejan degradación "tan sólo

cuando este Código expresamente lo determine" (art. 536, C.J.M.) hace que para el delito militar sea eventualmente una pena conjunta, pero no accesoria.

§ 476. Las penas de reclusión y prisión mayor llevan como accesorias la *destitución* para los oficiales, la que, como hemos visto, independientemente es una sanción disciplinaria, cuyos efectos ya vimos al ocuparnos de la degradación, que la abarca como uno de sus efectos particulares.

§ 477. Para quienes no son oficiales (suboficiales, clases y soldados), la reclusión y la prisión mayor llevan como accesoria la incorporación a un cuerpo de disciplina, en el que ingresarán "en calidad de soldados o sus equivalentes", "para extinguir el tiempo de servicio militar que obligatoriamente corresponda de acuerdo con las respectivas leyes orgánicas" (art. 539, primer párrafo). Igual accesoria se le impondrá al personal contratado durante el tiempo que le reste para cumplir su contrato de servicio, salvo que se lo releve de la obligación de cumplir el contrato (art. 539, 2º párrafo).

Como sanción principal, el ingreso a un cuerpo de disciplina es una forma de confinamiento, que es una sanción disciplinaria (art. 554, C.J.M.).

§ 478. La *suspensión de empleo* es la accesoria de la prisión menor para oficiales (art. 540) y también en forma independiente es una sanción disciplinaria. A este efecto la define el art. 553, C.J.M.: "La suspensión de empleo es sanción aplicable únicamente a oficiales y consiste en la privación temporal de los derechos, prerrogativas y honores propios del empleo, a excepción del derecho a percibir la mitad de

sus haberes". La suspensión de empleo dura sólo el tiempo que permanece la prisión menor.

§ 479. Los suboficiales, clases y tropas condenados a prisión menor no tienen más deber que el de cumplir con "el tiempo de servicio obligatorio que les faltare, en los cuerpos o unidades que corresponda" (art. 541, C.J.M.) lo que no tiene carácter de pena accesoria, sino sólo de cumplimiento del deber de servicio en condiciones normales.

Por último, hemos visto que como pena accesoria de la degradación se impone la prisión menor (art. 544) de lo que ya nos ocupamos.

§ 480. El *comiso* es una pena accesoria que se prevé en el C.P. y también en el C.J.M., aunque no en la parte general del tratado tercero, sino entre las disposiciones procesales, preceptuando en su art. 404 que "la sentencia de los tribunales militares declarará comisados a favor del Estado los instrumentos del delito y los objetos quitados a los delincuentes o que hubiesen sido traídos al juicio como pruebas del delito, cuando así se halle dispuesto en la ley. Se ordenará que los demás sean devueltos a sus dueños"

VII. COERCION FORMALMENTE PENAL.

§ 481. En el C.J.M. no hay disposiciones especiales referentes a las medidas de reclusión no penales, por lo cual cabe entender que en el derecho penal militar son aplicables las disposiciones del libro primero del C.P., en función de la remisión del art. 510, C.J.M., puesto que nada obsta a su vigencia.

§ 482. En nuestro C.P. hay dos clases de medidas de reclusión no penales: *a) reclusión manicomial; y b) reclusión en establecimiento adecuado.*

a) *Reclusión manicomial.* Está establecida en el párrafo 2º del inc. 1 del art. 34, C.P.: "En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dñe a sí mismo o a los demás".

Esta reclusión supone "enajenación". Por "enajenación" no deben entenderse únicamente los cuadros psicóticos, sino cualquier padecimiento psíquico que cause, como mínimo, una perturbación grave de la conciencia y que tenga carácter permanente o más o menos prolongado, aunque fuere episódico o en forma de "brotes".

La ley dice que el tribunal "podrá ordenar", es decir, que la reclusión manicomial no es ineludible para el tribunal. Debemos tener en cuenta que las razones que motivan la reclusión pueden consistir en padecimientos prolongados y frecuentemente irreversibles. Si bien es cierto que otro tipo de medida no puede ofrecer las mismas garantías de seguridad que la reclusión manicomial ordenada por el tribunal penal, no es menos cierto que, en ocasiones, la misma puede ser demasiado severa.

Por otra parte, la reclusión manicomial, tal como se la entendía en tiempos de la sanción del C.P., tiende a desaparecer, particularmente a partir de la introducción de los psicofármacos en el tratamiento psiquiátrico. Todas estas circunstancias deben ser ponderadas por el tribunal al ordenar la medida o al prescindir de ella: el grado de peligro que ofrece el enfermo, las posibilidades de éxito y seguridad de un

adecuado tratamiento ambulatorio, las seguridades o garantías de tratamiento que ofrece el representante o curador del enfermo, armonizado todo en forma que a la vez resulte neutralizado el peligro y asegurado convenientemente el tratamiento del paciente, atendiendo a los sentimientos de solidaridad humana que deben primar en estos casos.

La "reclusión manicomial", dentro de una interpretación progresiva de la ley penal, no puede ser entendida como el encierro del paciente en un manicomio de máxima seguridad. Hoy permanecen casi archivados los "chalecos de fuerza" y las "celdas acolchadas", al mismo tiempo que desaparecieron las rejas de los establecimientos asistenciales psiquiátricos, donde van teniendo entrada los conceptos de "comunidad terapéutica" y otros análogos. Se tiende a reincorporar paulatina y gradualmente al sujeto a la vida social, organizando un sistema que, conforme al avance del tratamiento, va posibilitando un mayor ámbito de libertad al paciente. Si bien nuestro C.P. no tiene previstas estas modalidades del tratamiento psiquiátrico, porque al tiempo de su sanción no se las conocía, no por ello debe interpretárselo en el inadmisible sentido de que la medida de reclusión manicomial ordenada en el segundo párrafo del inc. 1 del art. 34 impide el tratamiento conforme a las pautas contemporáneas del arte médico. Entendemos que, en la actualidad, por "reclusión manicomial" debe entenderse el sometimiento del sujeto a un régimen institucional de tratamiento psiquiátrico, sin que pueda privárselo de ninguno de los pasos que ese tratamiento demanda, incluyendo las salidas periódicas de prueba para la readaptación a la vida libre. El tribunal no puede negar estas salidas, puesto que lo contrario implicaría interpretar al C.P. en el sentido de que impide el tratamiento psiquiátrico

del paciente cuando en realidad, lo que hace es imponerlo en forma obligatoria.

El dictamen de los peritos o de los médicos tratantes en caso de ser un establecimiento oficial, será indispensable para estas salidas de prueba, pero no podrá declarar que ha cesado el peligro, porque en tal caso no se tratará de salidas de prueba, sino que se impondrá la cesación de la reclusión. Bastará que sefiale que el paciente ha alcanzado un grado tal de recuperación que indique la necesidad de entrar en esa fase del tratamiento. El tribunal podrá imponer al establecimiento la obligación de informar periódicamente acerca de la marcha del tratamiento y del estado del paciente pudiendo revocar la autorización de salida cuando tenga elementos para creer que las condiciones que la hicieron aconsejable han desaparecido o que el paciente no responde positivamente a ellas.

La cesación definitiva de la reclusión requiere el dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. La utilización de la voz "peritos" en plural indica que es necesaria una junta médica, o, al menos, dos peritos. Cuando el dictamen no declare extinguido el peligro por mayoría de peritos que integren la junta, el tribunal no podrá ordenar el cese de la reclusión manicomial. En caso de dictamen favorable, el tribunal conserva los poderes de apreciación que son propios del mismo frente a cualquier peritaje, pudiendo disponer la continuación de la medida —incluso contra el dictamen pericial— si encuentra motivos suficientes y fundadas razones para ello. La única modalidad respecto de este peritaje, es que el dictamen negativo de la junta médica obliga al tribunal a mantener la reclusión, pero, por el contrario, el dictamen favorable no lo obliga a hacerla cesar.

A la medida de reclusión manicomial del párrafo 2º del inc. 1 del art. 34, C.P., *pueden ser sometidos distintos sujetos:*

a) *Autores de delitos*, es decir, autores de conductas típicas, antijurídicas y culpables, que hayan sido condenados y que devengan enajenados durante el tiempo de la condena (art. 25, C.P.). En tal caso, el tiempo de reclusión manicomial debe computarse al de cumplimiento de la pena.

b) *Autores de injustos*, es decir, autores de conductas típicas y antijurídicas, pero inimputables.

c) *Autores de conductas atípicas* por error de tipo condicionado por la enajenación. Supone una conducta atípica pero que cumple el aspecto objetivo de un tipo; es el supuesto del esquizofrénico que cree que tiene delante un árbol pero se trata de un hombre al que hiera de un hachazo. Hay conducta objetivamente típica, pero no es subjetivamente típica por falta de dolo a causa del error de tipo psíquicamente condicionado.

d) *Involuntarios alienados*, en que la medida supone un hecho humano que altera el mundo físico en forma que coincide con el aspecto objetivo de un tipo penal. Es el caso del epiléptico que causa daños y lesiones durante la crisis, y que padece un deterioro mental grave.

e) *Reclusión en establecimiento adecuado*. Está prevista en el párrafo 3º del inc. 1 del art. 34, C.P.: "En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso".

Esta reclusión presupone la ausencia de enajenación y la absolución del sujeto por alguna de las causales del inc. 1 del art. 34, C.P. También al igual

que la reclusión manicomial supone que haya peligro por parte del sujeto. La forma imperativa "ordenará" con que durante el proceso de gestación legislativa se reemplazó a "podrá ordenar", no significa que se recluirá en cualquier caso, haya o no peligro, sino que se recluirá ineludiblemente cuando haya peligro. Si la reclusión en establecimiento adecuado se ordena hasta que desaparezcan las condiciones que le hicieren peligroso, *a fortiori*, no se ordenará cuando esas condiciones no existen.

En estos casos, para que cese la medida no se requiere el dictamen de peritos, sino la comprobación de que hayan cesado las condiciones que determinaron la reclusión. Esta comprobación se hará en la forma que establezcan las normas procesales, no siendo descartable el reconocimiento directo por parte del tribunal.

Se trata de reclusión en establecimientos que no son manicomios, pero que son adecuados para hacer desaparecer las condiciones que hacen peligroso al sujeto. Así, por ejemplo, en los establecimientos especiales donde se trata a toxicofrénicos (el Centro Nacional de Rehabilitación Social en el ámbito de la Capital Federal, por ejemplo), a alcohólicos, a sujetos que hayan padecido aislamiento cultural, etc.

A la reclusión en establecimiento adecuado pueden ser sometidos los siguientes sujetos:

a) *Autores de injustos*, es decir, inimputables no alienados. En esta categoría pueden ubicarse algunos toxicofrénicos, alcohólicos, psicópatas, psiconeuróticos, etc.

b) *Autores de conductas atípicas*, por error de tipo psíquicamente condicionado, pero que no son alienados, como por ejemplo quien padece de episodios de embriaguez patológica.

γ) *Involuntarios no alienados*, como por ejemplo el sujeto que sin haber sufrido un deterioro psíquico que requiera una internación manicomial padece no obstante, una epilepsia que necesita ser controlada, y en una de las crisis muere a una persona.

δ) *Sujetos que actúan en error* invencible culturalmente condicionado, sean errores de tipo o de prohibición. Tal es el caso del jíbaro que es traído a la civilización y agrede por creerse atacado por todos (defensa putativa culturalmente condicionada), caso que supone un injusto penal; o bien quien, por tener una concepción aberrante de la causalidad carece de dolo, como las famosas "curas" para "echar los malos espíritus" y similares en que existe un fin terapéutico, pero que en virtud de la aberrante concepción de la causalidad culturalmente condicionada implican una lesión o un homicidio aunque atípicos, por falta de dolo.

En estos supuestos errores del tipo de los descritos, es decir, de errores culturalmente condicionados, el sujeto, por mucho que actúe inculpablemente, no puede ser dejado en libertad, sin proceder a imparárselle una elemental instrucción que lo ponga a cubierto de otros análogos. Suele criticarse a nuestro texto porque parece prever medidas de internación en casos de absolución por error, pero no es tan ingenua la previsión, porque de lo contrario no quedaría muy claro en virtud de qué disposición legal se impide que el jíbaro siga matando gente en medio de la ciudad. En estos casos, no hay en el país establecimientos especiales, pero, dado el amplio enunciado que hace el artículo, el tribunal tiene una amplia facultad de apreciación para determinar cuál es el establecimiento que considera más adecuado.

§ 483. En el proceso penal militar no está regulada forma alguna de ejercer la acción civil por particulares, de modo que no cabe pensar en la aplicación de las disposiciones de los arts. 29 a 33 del C.P. en el ámbito penal militar debiendo entenderse que rige en este campo la disposición del art. 1096 del Código Civil: "La indemnización del daño causado por el delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la penal", ante los tribunales civiles (art. 148, C.J.M.).

Distinta es la situación tratándose de indemnizaciones debidas en razón de delito al erario público, sobre la cual debe pronunciarse la sentencia del tribunal militar: "La sentencia, en los casos que corresponda, establecerá el monto de la indemnización que debe satisfacer el condenado por la reparación de los daños que hubiere ocasionado al erario público; si en el fallo no pudiera determinarse la cantidad líquida a que asciende el perjuicio, en el mismo se establecerán las bases con las que deberá fijarlo la Contaduría General de la Nación" (art. 401, último párrafo, C.J.M.). Acorde con esta disposición, los arts. 319 a 324, C.J.M., prevén las medidas procesales precautorias que para asegurar la indemnización pueden adoptarse sobre los bienes del procesado.

Capítulo XXI

LA DETERMINACION DE LAS PENAS EN LOS CASOS CONCRETOS

I. ESTRUCTURA DE LA CUANTIFICACIÓN PENAL MILITAR.

§ 484. Suele decirse que hay una etapa legal, otra judicial y otra administrativa, para la individualización de la pena, lo que no es del todo exacto, porque la *actividad cuantificadora del tribunal* y la *particularización ejecutiva administrativa* no son más que las formas en que en los casos concretos se realiza la voluntad de la ley.

Nuestro C.J.M. adopta un sistema de cuantificación judicial de la pena en que se señalan más pautas al órgano jurisdiccional que las que señala el C.P. Según la *exposición de motivos* del vigente C.J.M., se buscó una mayor aproximación con el derecho penal ordinario, aunque perfeccionando el sistema del mismo, al consagrar una disposición hasta cierto punto semejante a la del art. 41, C.P. (en el art. 579, C.J.M.). Sin embargo, lo cierto es que nuestro C.J.M. establece un sistema bastante complejo de cuantificación penal, cuyo verdadero alcance hay que desentrañar dogmáticamente, sin perder de vista sus antecedentes históricos, cuyo sentido conserva el texto vigente en gran medida, lo que ayuda enormemente a su entendimiento.

Da la impresión de que nuestro C.J.M. es contradictorio, porque por un lado adopta el sistema de agravantes y atenuantes en tanto que por otro adopta una fórmula análoga a la sintética del art. 41, C.P. Se trata de dos sistemas que en la legislación comparada se muestran como excluyentes: por uno se tabulan las causas de agravación y de atenuación; por el otro, se establece una fórmula general que señala criterios que, en general, pueden ser tanto agravantes como atenuantes. Nuestro C.J.M. adopta ambos regímenes de atenuantes en los arts. 515 a 518, de agravantes en los arts. 519 a 522 y criterios generales en el art. 579, C.J.M. Esta regulación resulta a primera vista desconcertante, por lo que se hace necesario construir un sistema armónico de interpretación de la misma.

§ 485. El sistema de agravantes y atenuantes del C.J.M. proviene del *Código Criminal del imperio del Brasil de 1830*. Este texto tabulaba agravantes y atenuantes y luego, su art. 63 preceptuaba: "Cuando este Código no impone pena determinada, fijando sólo el máximo y el mínimo, han de considerarse tres grados en los crímenes, con atención a sus circunstancias agravantes o atenuantes, siendo el máximo el de mayor gravedad, al que se impondrá el máximo de la pena; el mínimo, el de menor gravedad, al que se impondrá la pena mínima; el medio el que queda entre el máximo y el mínimo, al que se impondrá la pena en el término medio entre los dos extremos dados". Así, por ejemplo, en una pena de 4 a 16 años, se consideraba 4 su grado mínimo, 16 su grado máximo y 10 años su grado medio. Como puede verse, era un rígido sistema talional kantiano de *penas fijas*.

El sistema del Código de Brasil fue seguido muy cercanamente por el *Código español de 1848*, al que

en gran parte sirvió de modelo. El art. 82 del *Código español de 1870*, que era muy similar al de 1848, establecía para cada pena tres grados diferentes: mínimo, medio y máximo. Así, la reclusión, que duraba 12 años y un día a 20 años, tenía un *grado mínimo* que era de doce años y un día a catorce años y ocho meses; un *grado medio* de catorce años, ocho meses y un día a diecisiete años y cuatro meses; y un *grado máximo*, de diecisiete años, cuatro meses y un día a veinte años. Si había agravantes se aplicaba el grado máximo; si había una atenuante el grado mínimo; si había dos o más atenuantes, se pasaba al grado máximo de la pena menor en orden de gravedad; si había atenuantes y agravantes, se compensaban racionalmente (dos atenuantes y una agravante el mínimo, dos agravantes y una atenuante el máximo, una agravante y una atenuante el medio); si no había atenuantes ni agravantes, el grado medio. Dentro de cada grado se cuantificaba la pena atendiendo al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

Como puede verse, se trataba de dos sistemas matemáticos por más que el de España fuese un tanto más flexible.

El *Código Bustillo* siguió al sistema matemático de agravantes y atenuantes, volviendo en gran medida a la rigidez del Código del Brasil de 1830, aunque estableciendo un grado medio fijo y dos grados de atenuación y dos de agravación para cada pena, salvo la prisión menor que tenía tres grados de atenuación. Así, la pena se imponía en el grado medio y subía o bajaba según el número de agravantes o de atenuantes o la resultante de la compensación de ambas. El presidio tenía una duración de 3 a 15 años, siendo su grado medio de nueve años, sus dos grados de ate-

nuación de 6 y 3 años, y los dos de agravación de 12 y 15 años. La prisión mayor duraba de 2 a 6 años, siendo su grado medio de 4 años, sus grados de atenuación de 3 y 2 años y los de agravación de 5 y 6 años respectivamente. La prisión menor duraba de 4 meses a 2 años, siendo su grado medio de un año y 4 meses, sus grados de atenuación de un año, 8 meses y 4 meses, y los de agravación de un año y 8 meses y de 2 años respectivamente. Cuando se agotaban los grados de una pena se pasaba a la siguiente (ver arts. 525, 527, 530, 565 y 566 del C. Bustillo).

Los sistemas matemáticos de agravantes y atenuantes funcionaban, pues de la siguiente forma:

C. Brasil de 1830	Código español de 1870	Código Bustillo
- Establecía una pena para cada tipo y era necesario calcular en cada tipo los grados. Así, presidio de 12 a 20 años:	- Establecía en cada tipo la clase de pena y para cada clase de pena los grados, que tenían un mínimo y un máximo. Así, la reclusión era de 12 a 20 años:	- Establecía para cada tipo la clase de pena y para cada clase de pena los grados, que eran fijos, a partir de un medio también fijo. Así, el presidio duraba de 3 a 15 años:
- grado mínimo: 12	- mínimo: 12 a 14 años y 8 meses.	- medio: 9 años.
- grado medio: 16	- medio: 14 años y 8 meses a 17 años y 4 meses.	- 1er. grado de atenuación: 6 años.
- grado máximo: 20	- máximo: de 17 años y 4 meses a 20 años.	- 2º grado de atenuación: 3 años.
		- 1er. grado de agravación: 12 años
		- 2º grado de agravación: 15 años

§ 486. Sacheri suprimió directamente las reglas de cuantificación matemática del Código Bustillo, pero mantuvo la lista legal de atenuantes y agravantes

y en el art. 579 dispuso: "El tribunal aplicará la sanción dentro de los límites fijados por la ley, teniendo en cuenta todas las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el capítulo III, título I, libro I, de este tratado".

No obstante, en párrafo seguido, en el mismo artículo, dispone que "en el ejercicio de esa atribución deberá considerar especialmente" la "naturaleza del delito" y la "personalidad del agente", según criterios generales que para cada uno de esos rubros señala.

¿Qué función cumplen esos criterios, frente a la lista de agravantes y atenuantes? ¿Cuál tiene primacía? Ante estas preguntas que cualquiera debe formularse en presencia de un doble criterio cuantificador, entendemos que debe pensarse que el C.J.M. vigente ha renunciado a un criterio matemático, otorgando una mayor libertad de apreciación al tribunal. No obstante, al no descartar el sistema de atenuantes y agravantes, debe pensarse que éste tiene prioridad y que la cuantificación de la pena militar tiene dos etapas: a) una primera etapa de cuantificación flexible conforme a las atenuantes y a las agravantes tabuladas; y b) una etapa precisora correctiva de esa cuantificación primaria que responde a los criterios señalados en el párrafo 2 del art. 579, C.J.M.

§ 487. Conforme al esquema que dejamos señalado, cabe entender que nuestra legislación penal militar impone al tribunal un primer paso cuantificador que toma en cuenta magnitudes de injusto y de culpabilidad, conforme a las reglas de los arts. 515 a 522, C.J.M., el que señalará en forma aproximada si predominan circunstancias atenuantes o agravantes, o si ambas se compensan o si no hay ninguna de am-

bas. Así, en una reclusión de 3 a 8 años, como la del art. 670, C.J.M., cabe pensar que el tribunal deberá proceder según el viejo criterio del Código Bustillo, aunque sin su rigidez extrema, que no se adecua al texto vigente en este aspecto. En otras palabras, la comprobación de mayor o menor culpabilidad y antijuridicidad hará que el tribunal pueda establecer, conforme a las reglas de los arts. 515 a 522, C.J.M., si la pena debe estar entre cinco años y seis meses y ocho años, entre tres años y cinco años y seis meses, o bien, alrededor de los cinco años y seis meses. De cualquier manera, esta etapa nos sirve únicamente para determinar una cierta tendencia que la cuantificación definitiva deberá respetar, a saber: tendencia a estar por debajo del término medio aproximándose al mínimo, a estar por sobre el término medio aproximándose al máximo, o a oscilar en torno del término medio, sin acercarse al máximo ni al mínimo.

§. 488. Cumplida esta primera *etapa de aproximación* en función del injusto y la culpabilidad, adviene una segunda etapa, de *precisión y corrección*, en función de una más precisa cuantificación del injusto y de la culpabilidad, para lo cual se imparten criterios generales, que en modo alguno están tabulados, porque únicamente se señala al tribunal en qué aspectos debe fijar su atención para poder precisar mejor esa cuantía, puesto que las agravantes y atenuantes que sirven para una aproximación cuantificadora no pueden extenderse hasta un casuismo estéril, propio de un infantilismo legislativo, correspondiente a una etapa ya superada de la técnica de la legislación penal. Este es el sentido del inc. 1 del 2º párrafo del art. 579, C.J.M., que responde a un propósito de *precisión*.

No obstante, aclaramos desde el comienzo de este trabajo, que la pena cumple una función de prevención especial mediante la resocialización del penado.

Luego, en esta segunda etapa de la cuantificación hay un criterio correctivo, que es el que se desprende de la personalidad del sujeto, y que nos muestra el mayor o menor grado de acción resocializadora que sobre él debe ejercerse para prevenir posibles delitos futuros de su parte. La personalidad del autor nos permitirá formular un *pronóstico acerca de su conducta*, que funcionará como *correctivo* de la cuantía del injusto y de la culpabilidad, dentro de los límites generales ya señalados.

Dicho en palabras más usuales —aunque menos precisas— la cuantía del injusto y de la culpabilidad, o sea la magnitud del delito, marca la tendencia general de la pena conforme a pautas predeterminadas en forma taxativa (arts. 515 a 522, C.J.M.), que en una segunda etapa se *precisan* (inc. 1 del 2º párrafo del art. 579), *corrigiéndose* también con el *pronóstico de conducta* del autor (inc. 2 del 2º párrafo del art. 579) aunque respetando siempre la tendencia general marcada por la primera etapa.

§ 489. Resumiendo:

Etapa de aproximación (art. 579, primer párrafo)	Toma en consideración las atenuantes y agravantes (arts. 515 a 522) referidas a la cuantía del delito (injusto y culpabilidad).	Señala la tendencia general de la pena aplicable: a) oscilante alrededor del término medio; b) rebajándolo con aproximación al mínimo; c) excediéndolo con aproximación al máximo.	
Etapa de precisión y corrección (art. 579, segundo párrafo)	Precisión	Toma en cuenta los criterios señalados en el inc. 1 del 2º párrafo del art. 579 para afinar la magnitud del delito.	No puede desconocer totalmente el resultado de la 1ª etapa, que siempre sigue siendo la directiva general

Se trata de un proceso de cuantificación penal que restringe más las facultades del tribunal que el que rige en el derecho penal común, pero no por ello renuncia a ser coincidente en cuanto a sus reglas generales, puesto que una adecuada interpretación del art. 41, C.P. también revela que la cuantificación tiene lugar allí como resultado de una valoración sobre la magnitud del delito (injusto y culpabilidad), corregida de acuerdo con la magnitud de la peligrosidad.

II. LA ETAPA DE APROXIMACIÓN CUANTIFICADORA EN FUNCION DE LA MAGNITUD DEL INJUSTO.

§ 490. La cuantía del injusto es valorada para la atenuación tanto como para la agravación de las penas, aunque cabe señalar que, en general, se nota un marcado predominio a señalar legislativamente circunstancias de agravación fundadas en un mayor injusto y circunstancias de atenuación fundadas en una menor culpabilidad del autor.

§ 491. Entre las pocas atenuaciones por menor injusto taxativamente enumeradas como criterio aproximativo, se halla la del *inc. 3 del art. 515*, que tiene lugar cuando el hecho se hubiere cometido una vez terminado el tiempo del servicio militar y antes de que se le hubiese expedido la baja correspondiente. La disciplina como condición de efectividad de las fuerzas armadas, sufre un menor deterioro cuando el autor del delito es prácticamente un sujeto que ya no pertenece a ella, y que sólo queda sometido a la misma por la mera demora de un trámite burocrático. De allí que esta atenuación no opere cuando no se trata de esa causa, sino que la demora obedezca a una razón de necesidad, salvedad que formula el referido inciso en su última parte ("salvo el caso de encontrarse en campaña").

§ 492. Otra clara referencia al injusto como atenuante la constituye el *inc. 7 del mismo art. 515*: "haber, antes del juicio, impedido, atenuado o reparado espontánea y eficazmente las consecuencias dañosas o peligrosas del hecho", es decir, haber disminuido la magnitud de la afectación del bien jurídico en la medida de lo posible. Igualmente, el

inc. 8 del art. 515 constituye un caso de atenuación por disminución del injusto: "Haberse presentado a la autoridad y confesado, espontáneamente, ser autor del delito ignorado o imputado a otro". Es obvio que esta conducta posterior, en caso que el delito o su autoría se hallan ignorados, disminuye notoriamente la alarma social, que siempre trae aparejada la impunidad del delito, y que forma parte del aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, lesionada por el delito.

§ 493. Nos hemos referido ya al art. 516 como otro supuesto extraordinario de atenuación por un menor injusto (v. nros. 310, 339), al igual que el art. 660, C.J.M., en que se neutraliza la afectación al bien jurídico militar, quedando sólo el delito común que pudiera resultar. Igualmente son casos de menor injusto las escalas reducidas de la tentativa y de la participación (complicidad) que habrá que aplicar en función de la remisión genérica del art. 510 —y para la participación la específica del art. 513—, sin perjuicio de que en algunos casos haya penas menores establecidas especialmente en las leyes militares (arts. 726, 869, 623, 729, 820, 838, C.J.M.).

§ 494. En cuanto a las causas de agravación por un mayor contenido injusto del hecho, resulta claro que es la mayor necesidad la razón de la disposición del art. 518, C.J.M., que prescribe que la presencia del enemigo (definida por el art. 883, C.J.M.) neutraliza el efecto de cualquiera de las atenuantes en los casos de traición, espionaje, rebelión, deserción, vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad, insubordinación y abandono del puesto de centinela. No obstante que en tales delitos y circunstancia el art. 518, C.J.M. parece ser terminante, pues pres-

cribe que "no se tomará en consideración circunstancia alguna atenuante", entendida la expresión en un sentido tan drástico carece de racionalidad, al menos en cuanto a las atenuantes señaladas en los incs. 1 y 7 del art. 515, C.J.M., por lo que, en función de la racionalidad de los actos de gobierno impuesta por el principio republicano (art. 1, C.N.), entendemos que esos dos supuestos deben considerarse como excepciones a la regla del art. 518, C.J.M.

§ 495. El mayor contenido injusto del hecho campea como fundamento de un buen número de circunstancias de agravación del art. 519, C.J.M. El inc. 1 ("ejecutar el delito en acto de servicio de armas, o con perjuicio del mismo") importa una afectación por peligro o lesión a la efectividad de las fuerzas armadas en el momento mismo de su acción, al igual que el inc. 3 ("cometerlo frente al enemigo, en momentos anteriores al combate, en el combate o durante la retirada"). La agravación del inc. 2 responde a un injusto mayor por la mayor lesión a la disciplina que implica la comisión "en presencia de tropa formada" y por la lesión que sufre el crédito público de las fuerzas armadas en caso de que el delito se cometiera en público. También una lesión más grave a la disciplina del cuerpo importa "ejecutarlo en grupo de dos o más en unión o en presencia de subalternos, o tener participación en los delitos de éstos" (inc. 5), "cometerlo con abuso de su condición de militar o de su calidad de superior" (inc. 6) y "cometerlo mientras se desempeña jefatura o mando independiente" (inc. 7), aunque en el caso del inc. 6 juega también para agravar el injusto la mayor indefensión de la víctima y en el inc. 7 también entra en consideración una mayor afectación del bien jurídico por el peligro derivado de la posición

del autor. La indefensión de la víctima es el factor decisivo del mayor injusto en el *inc. 8* ("cometer el delito en la persona del prisionero de guerra, o en su propiedad, o en las personas o propiedades de su familia o servidumbre").

§ 496. El mayor peligro derivado del hecho es lo que determina la agravación del injusto en los *incs. 4* ("cometerlo a bordo de nave, aeronave o máquina de guerra, en la guardia o depósito de armas, municiones, inflamables, en la custodia de detenido o preso o en circunstancias de peligro") y *10* ("hacer uso de estupefacientes o haberse embriagado deliberadamente para la comisión del delito"). En el *inc. 9*, además del bien jurídico que fuere, el injusto es mayor porque también resulta comprometido el honor militar ("cometerlo faltando a la palabra de honor, comprometida individualmente"). En el *inc. 12* hay una violación mayor del deber militar y también un mayor peligro de alarma social ("haber quebrantado la prisión preventiva, o fugiarse en cualquier estado de la causa").

Ya vimos las razones de una antijuridicidad más grave en los arts. 521 y 522, C.J.M.

III. LA REINCIDENCIA.

§ 497. El *inc. 13* del art. 519 considera a la reincidencia como una circunstancia agravante porque la conducta del reincidente revela un mayor contenido injusto. El grado de injusto, depende de la magnitud de la afectación al bien jurídico, pero esta afectación sólo es la lesión al aspecto objetivo de la seguridad jurídica, que siempre tiene su correlato subjetivo (afectación del aspecto subjetivo de la seguri-

dad jurídica, o sea, peligro de lesión al sentimiento de seguridad jurídica o alarma social), el que aumenta en forma desproporcionada en relación con la afectación objetiva, cuando el autor es reincidente. Ello obedece a que la imagen del orden jurídico, como proveedor de seguridad jurídica, sale maltrecha del trance, en razón de que pese a haber condenado una vez al sujeto, esta condena se muestra como inútil.

De allí que baste con la reincidencia llamada "ficta", sin que sea necesaria la reincidencia "real", o sea, que para considerar reincidente a un sujeto es suficiente con que haya sido condenado por sentencia firme con anterioridad, sin que sea menester que haya cumplido total o parcialmente la pena. De allí que medie reincidencia militar "cuando el condenado por sentencia firme cometiere un nuevo delito militar" (art. 520, C.J.M.) y que no obste a la reincidencia la circunstancia de que la pena del primer delito haya sido indultada o conmutada. Por el contrario, la primera condena obsta a la reincidencia cuando el primer delito fue amnistiado, puesto que se trata de una verdadera desincriminación.

No es relevante, a los efectos de la reincidencia militar, la condena anterior por delito común. Tampoco lo es la condena cuya pena el autor hubiese comenzado a cumplir antes de los dieciocho años. El C.J.M. no niega relevancia a cualquier delito cometido antes de los dieciocho años, sino sólo a los que el sujeto cometió antes de esa edad, siendo condenado y comenzado a cumplir la pena también antes de los dieciocho años. Ello se deduce de que no se toma en cuenta "la condena o condenas sufridas antes de cumplir los dieciocho años" (apart. a, del 2º párrafo del *inc. 1* del art. 520, C.J.M.). La condena anterior tampoco se toma en cuenta

"cuando haya transcurrido desde ella un tiempo doble del establecido para la prescripción de la pena, el que nunca excederá de diez años" (apart. b, 2º párrafo, inc. 1, art. 520, C.J.M.). Ese término debe contarse desde que se agota la ejecución de la pena del anterior delito militar.

IV. LA ETAPA DE APROXIMACIÓN, CUANTIFICADORA EN FUNCIÓN DEL GRADO DE CULPABILIDAD.

§ 498. Hemos visto que nuestro C.J.M. requiere para que haya culpabilidad, que el autor haya podido comprender la antijuridicidad de su conducta, sin demandar —como lo hace el C.P.— la posibilidad de comprensión de la "criminalidad" es decir, que el autor haya podido comprender que esa antijuridicidad tiene alguna relevancia penal. No obstante, el *inc. 2 del art. 515*, respecto de los individuos de tropa, considera a esa circunstancia como atenuante, relevando así, a su respecto, un menor grado de culpabilidad: "no haberse leído o hecho conocer al imputado las disposiciones de las leyes penales militares a los individuos de tropa, con anterioridad a la comisión del hecho, y siempre que éste encuadre en alguna disposición de esas leyes".

§ 499. El *inc. 4* releva como atenuante la menor culpabilidad derivada de una necesidad que no alcanza los límites de la necesidad inculpante: "hacer carecer a los individuos de las fuerzas armadas de los medios necesarios para la subsistencia, o de las prendas de vestuario indispensables, siempre que el hecho no fuera general y que el delito reconociere este ori-

gen". Cabe recalcar que este inciso no deroga la inculpabilidad que se deriva de una situación de necesidad que encuadre en el inc. 2 del art. 34 del C.P. (v. § nº 384).

§ 500. El *inc. 6* considera atenuante "haber obrado por sentimientos de elevado valor moral o social". Resulta de toda evidencia que la motivación es una cuestión que hace fundamentalmente a la culpabilidad, de modo que cuando el motivo de la conducta no revele una disposición interna del sujeto abierta e incondicionalmente contraria a la norma, sino que esa actitud —que se traduce en la culpabilidad— sea al menos explicable en orden a su motivación, y el valor moral o social de la misma deba ser tomado en consideración (como puede ser el respeto a la dignidad o a la vida humana, el temor ante la posible destrucción de valores artísticos, culturales, históricos, etc.), corresponda simultáneamente entender que media un menor grado de culpabilidad para el autor. La misma causa, es decir, el motivo, es lo que hace que en el *inc. 11 del art. 519* se agrave la penalidad, por serie más reprochable la motivación ("ejecutar el hecho por temor a un peligro personal"). Ya nos hemos ocupado extensamente a este respecto, del concepto de valor militar y de los efectos del miedo, quedando claro cuáles son los límites de esta agravante respecto de los casos en que el miedo opera como eximiente.

§ 501. Los *incs. 1 y 5 del art. 515* constituyen una concesión a la culpabilidad del autor, dado que el primero se refiere a la vida militar del condenado, inmediatamente posterior al hecho ("ejecutar una acción heroica después de haber cometido el delito, si éste ha tenido lugar en tiempo de guerra") y el

segundo a la vida militar del mismo anterior al delito ("haberse destacado, en general, por su buena conducta durante el tiempo que ha permanecido en servicio y con anterioridad al hecho por el que se lo juzga"). Obviamente, pesa aquí el grado de reproche a la conducción de la vida del sujeto como militar, lo que nos lleva directamente al terreno de la culpabilidad por la conducción de la vida o culpabilidad de autor, que oportunamente hemos criticado y rechazado como violatoria del principio de legalidad constitucional y del principio de reserva del art. 19, C.N. Sin embargo, en el presente supuesto y en esta limitada medida, la culpabilidad por la conducción de la vida no es inconstitucional, porque no tiene por finalidad aumentar la pena sino atenuarla, y *nada impide que como elementos para disminuir el reproche de culpabilidad, se tomen en cuenta conductas atípicas*, sino que, precisamente, lo prohibido es lo contrario, es decir, que tales conductas sean relevadas para fundar o aumentar el reproche.

§ 502. Hemos visto que en el art. 521, C.J.M., la mayor jerarquía militar del autor determina un mayor contenido injusto del hecho, que se deriva del mayor peligro de daño, especialmente en atención a la reducida posibilidad de revisión de las órdenes que la necesidad impone reconocerle al inferior. Pese a lo dicho, no puede dejar de verse también en el art. 521, C.J.M., una culpabilidad que se halla en razón directa de la jerarquía militar y que es independiente del aumento normal de la exigibilidad en función del aumento del injusto. En tal sentido es inquestionable que la mayor jerarquía militar supone en el autor una mayor posibilidad de comprensión del contenido injusto del hecho y, consiguientemente, un mayor grado de exigibilidad de esa comprensión.

V. LA PROHIBICIÓN DE LA DOBLE DESVALORACIÓN.

§ 503. La primera parte del art. 519, C.J.M., establece que las que enumera dicho artículo "son causas de agravación de los delitos militares, salvo en los casos en que las mismas hayan sido tenidas en cuenta por esta ley para configurar o calificar el delito". Es lógico que cuando alguna de las circunstancias agravantes ya forma parte del tipo, básico o calificado, del delito de que se trate, deba considerarse que integra el injusto del delito, por lo que no es posible que dicho injusto se agrave apelando nuevamente a la misma circunstancia que ya contempla el injusto típico.

Esto no implica que cuando una circunstancia admita por su naturaleza grados, como puede ser, por ejemplo, el actuar por temor a un peligro personal, que siempre admitirá grados conforme a la magnitud y proximidad del peligro amenazado, en la segunda etapa de cuantificación, es decir, al hacer aplicación del segundo párrafo del art. 579, C.J.M., no pueda precisarse el grado de la circunstancia de agravación, porque en tal caso no se caería en una doble desvaloración, sino en la precisión de la intensidad de la circunstancia como agravante.

VI. ETAPA DE PRECISIÓN Y CORRECCIÓN DE LA CUANTIFICACIÓN PENAL MILITAR.

§ 504. El segundo párrafo del art. 579, C.J.M. es el que regula la etapa de precisión de la cuantía del delito a los efectos de la cuantificación penal y de corrección de la misma en función del pronóstico

de conducta del procesado. La etapa de precisión de la cuantía del delito está prevista en el primer inciso del segundo párrafo del art. 579, que ordena tomar en cuenta la naturaleza del delito y para ello señala en dos apartados, la magnitud de la lesión jurídica y las circunstancias de la acción, respectivamente.

§ 505. El apartado *a* del inc. 1 dispone que la naturaleza del delito se tome en cuenta conforme a "la gravedad del daño o del peligro causado a la seguridad o a los intereses del Estado o a la disciplina de las fuerzas armadas", lo que indica que, en primer término, la cuantía del injusto debe precisarse teniendo en cuenta los intereses primordialmente tutelados por el derecho penal militar. El apartado *b* del mismo inciso indica genéricamente todas las circunstancias de la acción, que tanto pueden referirse al grado de injusto como al grado de culpabilidad y constituye una fórmula amplia y exemplificativa, o sea, un enunciado general, que sólo indica que el tribunal no puede exceder, como criterio valorativo, lo que no resulte evidenciado por la acción misma. Tal enunciado genérico y amplio dice: "La especie, medios, objeto, tiempo, lugar y toda otra modalidad de la acción".

Queda claro que la disposición del primer inciso del 2º párrafo del art. 579, C.J.M., se refiere a la cuantía del delito, porque sus dos apartados están limitados únicamente a este aspecto: en el primero ordena tomar en cuenta primordialmente los intereses que fundamentalmente tutela el derecho penal militar, a efectos de determinar el monto del injusto en este aspecto, es decir, por la medida de la afectación de estos bienes jurídicos; en el segundo ordena que se tomen en cuenta todas las modalidades de la

acción en general, o sea, las que fundan los grados de injusto y los de culpabilidad.

§ 506. El segundo inciso del párrafo 2º del art. 579, C.J.M., señala el factor correctivo del pronóstico de conducta del autor. Es más criterioso que la disposición del C.P., porque al no mencionar la peligrosidad, no introduce las molestas discusiones a que este concepto —dogmáticamente escasamente trabajado— condujo en el campo del derecho penal común. Eso permite que hablemos más libremente de la "personalidad del procesado" como criterio para hacer un "pronóstico de conducta" del mismo. Se trata de un juicio fáctico de probabilidad y no de un juicio valorativo. El tribunal no puede tomar en consideración cuestiones éticas o morales, sino sólo la personalidad del procesado en cuanto sea reveladora de un buen o mal pronóstico de conducta futura del mismo. De allí que aquí entren en consideración "sus antecedentes penales", sin que interese si son antecedentes penales militares o comunes. Forma parte de este juicio fáctico de probabilidad la "conducta anterior al delito" y también "sus antecedentes militares", en los que tienen entrada las faltas de disciplina militares, que no formaban parte de los "antecedentes penales" antes mencionados. También se insiste aquí sobre los "motivos que le impulsaron a delinquir", pero no se trata de una referencia a la culpabilidad, como en el caso de la atenuante o de la agravante de los arts. 515 y 519, C.J.M., respectivamente, sino de los motivos como manifestación de la personalidad del sujeto, como signo a tener en cuenta para formular el juicio fáctico en que consiste el pronóstico de conducta. Por último, este apartado destinado a servir como correctivo de la cuantificación penal hecha sólo en base a la cuan-

tía del delito, menciona las "condiciones de vida individual, familiar y social" del sujeto, donde lógicamente, deben tomarse en cuenta los factores que demuestren su mayor o menor estabilidad emocional y desenvolvimiento en la vida de relación, como también las posibilidades sociales, que se le hayan brindado, porque, nuestra sociedad, como toda sociedad humana, no brinda a todos los sujetos las mismas posibilidades de realización, dado que lo contrario es sólo un ideal que de momento no es factible y quienes proclaman lo contrario no hacen más que caer en la utopía o en la ficción. En nuestra sociedad humana, desde antes del nacimiento, en el nacimiento, en la primera infancia, en la adolescencia, en la juventud y en la madurez, al igual que en la ancianidad, las posibilidades son distintas para los sujetos, y ello debe ser cuidadosamente examinado por los tribunales penales, porque no pueden medir a todos con la misma vara. No se trata aquí de reprochar o de no reprochar, sino de tomar en cuenta estas posibilidades y limitar el correctivo de la cuantía en razón del pronóstico de conducta, teniendo en cuenta estas condiciones, porque el pronóstico de conducta no puede ser un correctivo que opere sobre la cuantificación de la pena con base en la cuantía del delito en forma tal que haga la pena inequitativa: no es posible que a un sujeto, al que la sociedad le ha negado posibilidades de realización, sobre esta desgracia, se le cargue exageradamente la pena basándose en el negativo pronóstico de conducta del mismo.

§ 507. Por otra parte, el criterio señalado en el apartado d del inc. 2 del segundo párrafo del art. 579 del C.J.M., referido a las ya mencionadas condiciones de vida individual, familiar y social, es una ga-

rantía penal del *principio de intrascendencia de la pena*, porque el correctivo de la personalidad del autor como pauta para su pronóstico de conducta no puede llevarse a cabo sobre los límites de la pena en forma tal que la pena trascienda innecesaria y negativamente sobre el círculo familiar del sujeto, o sobre terceros que nada tienen que ver en el problema ni ha participado, conocido, ni consentido, ni aprobado el injusto cometido

§ 508. En síntesis: las atenuantes y agravantes tabuladas específicamente en los arts. 515 y 519, como también en los análogos 516, 518, 521 y 522, C.J.M., marcan la tendencia general de la cuantía de la pena, señalada conforme a cuantía del delito, la que se precisa o perfecciona aplicando el tribunal el criterio que le señala el art. 579, párrafo 2º, inc. 1, pero esa cuantificación, que hasta allí no ha hecho más que tener en cuenta la magnitud del injusto y de la culpabilidad, se completa con el correctivo que impone el pronóstico de conducta del autor, que bien puede demostrar que el delito cometido es un hecho episódico, difícilmente repetible en la vida del autor, quien tampoco presenta inclinaciones a conductas delictivas en general, o bien, con un pronóstico que demuestre lo contrario, es decir, que el autor presenta tales inclinaciones. En ambos casos, el pronóstico debe cuidar de no ser un correctivo inequitativo, en vista de las condiciones de vida del sujeto y de las posibilidades que la sociedad le ha brindado para comprender la antijuridicidad de su conducta y comportarse conforme a esta comprensión, como tampoco puede violar abiertamente el principio de intrascendencia de la pena, sumiendo en la miseria al grupo familiar, por ejemplo, cuando ello sea innecesario para lograr el objetivo general propuesto.

La pena militar, al igual que la ordinaria, tiene su trascendencia social, que en los tribunales militares no puede pasar por alto: no se trata de prevenir una conducta delictiva por parte de un sujeto y de estar provocando, con la privación de bienes jurídicos de que se lo hace objeto, la comisión de otras conductas criminales —quizá más peligrosas— motivadas en la necesidad y el consiguiente resentimiento en que se coloca a los allegados al mismo y por completo ajenos al delito.

§ 509. El art. 580 extiende la regla del art. 579 al caso de las penas conjuntas: "Cuando este Código impone penas conjuntas, se aplicarán todas ellas y con sujeción a la regla del artículo anterior". El caso de las penas alternativas es más complicado y el C.J.M. no señala un criterio que resulte factible de sistematizarse adecuadamente: "Cuando este Código señala al delito pena alternativa, el tribunal aplicará la que, a su juicio, sea más apropiada al caso" (art. 581). Esto no implica, por supuesto, que el tribunal pueda proceder arbitrariamente, sino que se hace necesario que el tribunal aplique un criterio racional. Cabe entender que hay que hacer una escala previa de penas (por ejemplo, reclusión por tiempo determinado y prisión mayor) y ver si predominan circunstancias específicas de atenuación o de agravación, las que decidirán si se aplica la pena más grave o la menos grave, para luego cuantificar la pena que conforme a las circunstancias atenuantes y agravantes resulte de acuerdo con las reglas señaladas en el segundo párrafo del art. 579, C.J.M.

§ 510. El art. 592 establece que cuando la pena "se designe genéricamente, ella podrá aplicarse en sus diversas formas o modalidades, según las circuns-

tancias del caso, apreciadas por el tribunal". Creemos que en esta situación también habrá de procederse conforme a lo indicado para el caso de las penas alternativas, es decir, establecer las diferentes modalidades de la pena conforme a escala de gravedad (por ejemplo, prisión mayor y menor, reclusión por tiempo indeterminado o por tiempo determinado) y conforme a las atenuantes y agravantes determinar cuál es la aplicable, para perfeccionar luego la cuantificación conforme a magnitud de delito haciendo aplicación de los criterios del art. 579, 2º párrafo, inc. 1, y corregirla con el pronóstico de conducta del sujeto en base a su personalidad, en los términos del inc. 2 del mismo párrafo.

VII. UNIFICACIÓN DE PENAS.

§ 511. La pena para el caso del concurso, sea éste material (real) o formal (ideal) es la misma: se aplica la pena del delito más grave y se consideran las restantes infracciones como causa de agravación de la pena. Es un aumento del contenido injusto del hecho en el concurso ideal en función de la pluralidad de infracciones, que se adopta también como sistema para integrar la pena única del concurso real. Se trata del *principio de la absorción* que opera para las dos formas concursales: concurso de hechos en una misma sentencia y concurso de tipicidades en un mismo hecho. Tal es la clara disposición del primer párrafo del art. 585, C.J.M.

§ 512. Los párrafos 2º y 3º del art. 585, C.J.M. se ocupan de la *unificación de penas para casos de reincidencia*, que es un problema diferente al del concurso real, por supuesto. En tales casos, cuando se debe juzgar a un sujeto que ya ha sido condenado por

otro delito militar, siempre que el condenado se hallare cumpliendo pena privativa de libertad, corresponde que el tribunal que dicta la segunda pena proceda a unificarlas, es decir, a pronunciar una única pena para ambos delitos. Aquí, considerando que se trata de un claro caso de reincidencia, corresponde que el sujeto no se beneficie con el principio de la absorción que consagra el primer párrafo para los concursos reales o ideales, sino que opere limitadamente el principio de la aspersión. En efecto: la regla es que se le imponga, "como mínimo, el mínimo de la pena mayor y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos". De cualquier manera no opera una acumulación, sino una aspersión, porque "en la unificación de penas por delitos militares, dicha suma no podrá exceder de cinco años para la prisión menor, de doce para la prisión mayor; y de veinticinco para la reclusión" (tercer párrafo del art. 585, C.J.M.).

Este procedimiento debe aplicarse mientras no se haya agotado la pena, lo que implica que también procederá cuando el sujeto cometa el delito hallándose en libertad condicional, porque la misma, como hemos dicho, es una forma de ejecución de la pena. La pena mayor no es en este caso la pena de mínimo mayor, sino la más grave en orden a la escala de gravedad de las penas. De cualquier manera, el tribunal que unifica no puede imponer una pena inferior al mínimo de la pena que ya se le había impuesto, porque ello importaría que el sujeto se beneficie por la comisión de un nuevo delito, es decir, porque la reincidencia no puede ser un recurso de revisión. Lo mismo cabe decir respecto de la pena que ya lleva cumplida: el mínimo de la pena única no puede ser inferior a la parte de la pena que ya lleva cumplida el sujeto, porque de lo contrario, la reincidencia

importaría un recurso de revisión contra la condena impuesta por el primer consejo de guerra que la sentenció. Además, sería absurdo —por escandaloso jurídicamente— que un consejo de guerra impusiese por dos o más delitos una pena inferior a la que por uno solo de ellos había impuesto el tribunal anterior, porque ello implicaría que la justicia militar admite que un consejo de guerra puede imponer una condena injusta, sin que medie al efecto el procedimiento procesal adecuado que así lo declare.

§ 513. El cuarto párrafo del art. 585, C.J.M., admite la posibilidad de unificación de penas por delitos comunes juzgados por tribunales militares y ordinarios y establece unas reglas de competencia que no suenan muy constitucionales, pero lo cierto es que no parece admitir la unificación de penas para casos en que sobre un mismo sujeto hayan recaído sentencias por delitos militares y por delitos comunes. Sin embargo, después que el párrafo 5º sanciona de nulidad la violación de estas reglas en la sentencia de los tribunales militares, el párrafo sexto y último del art. 585 dispone: "No se unificarán las penas cuando concurran delitos específicamente militares con delitos comunes, juzgados alguno o algunos de ellos por los tribunales de la justicia ordinaria". Esta prescripción legislativa habla sólo de los delitos "específicamente militares" que, como vimos, no son todos los delitos militares, sino sólo aquellos que prescindiendo de la tipicidad militar no serían delitos del derecho común y que, por consiguiente, no se toman en cuenta a los efectos de la reincidencia común. ¿Qué pasa cuando un sujeto ha sido penado por un delito militarizado (como por ejemplo, el homicidio en la persona de un superior) y un delito común? ¿Qué

sucede cuando un sujeto cometa un delito militarizado y un delito común y deba ser juzgado por ambos? Entendemos que a este respecto rigen las disposiciones del C.P., es decir, los arts. 55 a 58 del C.P., porque no hay precepto legal alguno que impida esa unificación, dado que el delito militarizado no es un delito "específicamente militar".

Conforme a esas disposiciones se resolverá el caso, considerando que la prisión militar, mayor o menor, equivale a la prisión penal ordinaria, y que la reclusión militar, por tiempo determinado o por tiempo indeterminado, equivale a la reclusión común, entendiéndose que la reclusión militar por tiempo indeterminado equivale a veinte años de reclusión ordinaria. No pueden tomarse en consideración a este respecto las reglas para la imputación de la prisión preventiva militar, porque ésta tiene un régimen distinto de la prisión preventiva del derecho procesal ordinario, lo que explica que tenga una tabla de imputación a la pena diferente.

Si todos los delitos debiesen ser juzgados en sede militar, no habría problema alguno, porque unificaría la *condena* por concurso real el tribunal que entendiese en último término. En tal caso deberá aplicar al concurso real la regla de los arts. 55 y 56 del C.P., porque media un delito común (o más delitos comunes), y aunque haya un delito militar con el que se deba unificar la *condena*, no puede beneficiarse al procesado con el principio de la absorción, que no rige para delitos comunes, sino únicamente para concurso entre delitos militares. En caso que haya una *condena* en sede por delito común o militar y deba unificar el tribunal militar que dicta una segunda *condena* por delito militar o común, respectivamente, tampoco habría problema, desde que ambos delitos son de jurisdicción militar, siendo claro que el

segundo tribunal debe aplicar la regla del C.P. ordinario, al igual que en el caso en que dos tribunales hayan dictado sentencias violando dichas reglas, en que deberá unificar la pena o las condenas, según corresponda, el tribunal que dictó la pena mayor, por aplicación de lo dispuesto en el C.P., que es análogo a lo que sobre competencia dispone el cuarto párrafo del art. 585 del C.J.M. para los delitos comunes.

El problema se planteará en torno de la competencia para unificar las condenas (caso de concurso real) o sólo las penas (caso de comisión de un delito después de estar condenado y mientras cumple pena por otro), tratándose de delito militar y de delito común que no sea de jurisdicción militar. La jurisdicción ordinaria no es competente para conocer de los delitos militares y la jurisdicción militar no es competente para conocer de los delitos ordinarios que no sean de su incumbencia. Luego, la única solución parece ser que no se proceda a la unificación. No obstante, lo mismo sucede en el derecho penal común con los delitos de competencia ordinaria y federal, habiendo sentado el C.P., en su art. 58, la regla según la cual tiene prioridad la competencia ordinaria, puesto que la federal es de excepción (regla que ha sido mal redactada e interpretada como concediendo igual competencia a ambas jurisdicciones, conforme a la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema). En el caso de la competencia ordinaria y la militar, entendemos que debe tener prioridad para unificar las penas o las condenas la justicia ordinaria, dado que la justicia militar es el ejercicio de una jurisdicción excepcional, que no puede extenderse sin violar expresas disposiciones constitucionales. Ante la duda acerca de si la competencia es de un fuero común u ordinario y otro de

excepción, no cabe hesitación alguna, en el sentido de que la preferencia debe ser del fuero común.

VII. CÓMPUTO DE LAS PENAS.

§ 514. El art. 588, C.J.M., establece que las penas temporales corren, si van acompañadas de degradación, desde que ésta se lleva a cabo, y, en caso contrario "desde que la sentencia condenatoria haya sido pronunciada, si el condenado se halla privado de libertad, y desde que sea reducido a prisión, cuando se encuentra fuera de ella". Estos plazos deben contarse conforme al Código Civil, pero haciendo la salvedad de que el día en que se dicta la sentencia o el día en que se produce la degradación debe computarse como día entero desde la 0 hora del mismo, porque de lo contrario se estaría afectando al condenado un cierto número de horas más de las establecidas en la sentencia conforme a un criterio real, que es el que siempre debe imperar en el derecho penal, común o militar.

El art. 589 establece un sistema de imputación de la prisión preventiva a la pena que es diferente al del C.P. Ello se explica porque la prisión preventiva tiene modalidades propias en el derecho procesal penal militar, lo que no permite que su régimen sea comparable con el ordinario. De allí la escala particular, según la cual cuatro días de prisión preventiva equivalen a uno de reclusión, dos a uno de prisión mayor y uno a uno de prisión menor, en lo que a las penas por delitos respecta.

CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

LEY 14.029

Sancionada el 4/7/1951; promulgada el 16/6/1951

Tratado tercero

P E N A L I D A D

Libro I

INFRACCIONES Y PENAS EN GENERAL

Título I

DELITOS Y FALTAS

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 508.— Constituye delito militar toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este Código y demás leyes militares, que no se encuentre comprendida entre las faltas de disciplina; y, además, todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten, en tiempo de guerra.

Art. 509.— Constituye falta de disciplina toda violación de los deberes militares, que la ley o los reglamentos repriman con alguna de las sanciones enumeradas en el art. 549.

Art. 510.— Las disposiciones del libro I del Código Penal, serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y, no se opongan a las prescripciones del presente Código.

Art. 511.— Las disposiciones penales de este Código serán, igualmente, aplicables a los delitos militares cometidos en territorio extranjero por individuos de las fuerzas armadas de la Nación.

Art. 512.— En las causas de jurisdicción militar, los tribunales no aplicarán condenas en forma condicional, salvo cuando se trate de delitos comunes cometidos por culpa o imprudencia, en cuyo caso será facultativo del tribunal decretarla o no.

Capítulo II

COMPLICIDAD

Art. 513.— En los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las reglas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos por este Código, para determinadas infracciones.

Art. 514.— Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden.

Capítulo III

ATENUANTES, AGRAVANTES Y EXIMENTES
DE RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS MILITARES

Art. 515.— Son causas de atenuación de responsabilidad, en caso de delitos militares:

- 1) ejecutar una acción heroica después de haber cometido el delito, si éste ha tenido lugar en tiempo de guerra;
- 2) no haberse leído o hecho conocer al imputado las disposiciones de las leyes penales militares a los individuos de tropa, con anterioridad a la comisión del hecho, y siempre que éste encuadre en alguna disposición de esas leyes;
- 3) haber terminado el tiempo de servicio militar sin que se hubiese expedido la baja correspondiente, salvo el caso de encontrarse en campaña;
- 4) hacer carecer a los individuos de las fuerzas armadas, de los medios necesarios para la subsistencia, o de las prendas de vestuario indispensables, siempre que el hecho no fuera general y que el delito reconociere este origen;
- 5) haberse destacado, en general, por su buena conducta durante el tiempo que ha permanecido en servicio y con anterioridad al hecho por el que se lo juzga;
- 6) haber obrado por sentimientos de elevado valor moral o social;
- 7) haber, antes del juicio, impedido, atenuado o reparado espontáneamente las consecuencias dañinas o peligrosas del hecho;
- 8) haberse presentado a la autoridad y confesado, espontáneamente, ser autor del delito ignorado o imputado a otro;
- 9) tener más de catorce años, y menos de dieciocho; los imputados que, dentro de esta edad, fueran excluidos de las fuerzas armadas por razón del delito o pena, serán puestos a disposición de los jueces competentes, a efecto de lo dispuesto por los arts. 37 y 39 del Código Penal.

Art. 516.— Se considerará como atenuante de vías de hecho contra el superior, de la irrespetuosidad y de la insubordinación, la circunstancia de haber sido ellas precedidas, inmediatamente, de un abuso de autoridad por parte del superior contra el cual se cometieren.

En estos casos y siempre que se trate de pena de delito podrá aplicarse hasta el mínimo de la pena correspondiente, y aún la inmediata inferior, según las circunstancias.

Art. 517.— La embriaguez no es causa de exención ni de atenuación de pena para los militares, en los delitos de jurisdicción militar.

Art. 518.— Frente al enemigo, no se tomará en consideración circunstancia alguna atenuante, en los casos de traición, espionaje, rebelión, deserción, vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad, insubordinación y abandono del puesto de centinela.

Art. 519.— Son causas de agravación de los delitos militares, salvo en los casos en que las mismas hubiesen sido tenidas en cuenta por esta ley para configurar o calificar el delito, las siguientes circunstancias:

- 1) ejecutar el delito en acto del servicio de armas, o con perjuicio del mismo;
- 2) cometerlo en presencia de tropa formada, o de público;
- 3) cometerlo frente al enemigo, en momentos anteriores al combate, en el combate o durante la retirada;
- 4) cometerlo a bordo de nave, aeronave o máquina de guerra, en la guardia o depósito de armas, municiones, inflamables, en la custodia de detenido preso o en circunstancias de peligro;
- 5) ejecutarlo en grupo de dos o más, en unión o en presencia de subalternos, o tener participación en los delitos de éstos;
- 6) cometerlo con abuso de su condición de militar o de su calidad de superior;
- 7) cometerlo mientras se desempeñe jefatura o mando independiente;
- 8) cometer el delito en la persona del prisionero de guerra, o en su propiedad, o en las personas o propiedades de su familia o servidumbre;
- 9) cometerlo faltando a la palabra de honor, comprometida individualmente;
- 10) hacer uso de estupefacientes o haberse embriagado deliberadamente para la comisión del delito;
- 11) ejecutar el hecho por temor a un peligro personal;
- 12) haber quebrantado la prisión preventiva, o fugarse, en cualquier estado de la causa;
- 13) ser reincidente.

Art. 520.— Existe reincidencia:

- 1) Tratándose de delitos militares, cuando el condenado por sentencia firma cometiere un nuevo delito militar, aunque hubiere mediado indulto o conmutación.

No se tendrá en cuenta a este efecto:

- a) la condena o condenas sufridas antes de cumplir los dieciocho años;
 - b) la condena anterior cuando haya transcurrido desde ella un tiempo doble del establecido para la prescripción de la pena, el que nunca excederá de diez años.
- 2) Tratándose de faltas, cuando el sancionado cometiere una nueva falta de la misma naturaleza, dentro del término que para la prescripción establece el art. 620 de este Código.

Art. 521.— Siempre que quede librado al criterio del tribunal determinar la porción de la pena, la aplicará en concepto de agravarla cuanto mayor sea la jerarquía del que debe cumplirla.

Art. 522.— Se considerará como agravante del abuso de autoridad la circunstancia de haber determinado, con él, la comisión de un delito por parte del inferior.

Art. 523.— Con excepción de lo prescrito en el art. 517, las disposiciones de este capítulo no rigen sino respecto de los delitos militares, y en ningún caso serán de aplicación a los delitos comunes ni a los delitos especiales, cuando ellos sean de la jurisdicción de los tribunales militares.

Art. 524.— Queda exento de responsabilidad penal el militar que en los casos del art. 702 de este Código obrase en legítima defensa o tuviere necesariamente que recurrir a los medios determinados por dicho artículo, para reprimir delitos flagrantes de tracición, rebelión, motín, vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad, insubordinación o cobardía.

Art. 525.— Lo prevenido en el artículo anterior es aplicable también a los centinelas, salvaguardias o cualquier personal en servicio de guardia que, para la represión de los delitos allí previstos, haga uso de sus armas, aun cuando sea contra sus superiores.

Capítulo IV

CONSPIRACIÓN Y PROPOSICIÓN

Art. 526.— La conspiración y la proposición para cometer un delito, son tan solo punibles cuando la ley expresamente las reprime.

Art. 527.— Existe conspiración cuando dos o más personas se concertan para la ejecución del delito y resuelven ejecutarlo; y proposición cuando el que ha resuelto cometerlo procura inducir a otra u otras personas a concurrir a su ejecución.

Título II

PENAS

Capítulo I

CLASIFICACIÓN, DURACIÓN Y EFECTOS

Art. 528.— Los delitos militares serán reprimidos con las siguientes penas que se aplicarán por sentencia de los consejos de guerra:

- 1) muerte;
- 2) reclusión;
- 3) prisión mayor;
- 4) prisión menor;
- 5) degradación.

Art. 529.— La pena de muerte se hará efectiva en la forma prescrita por el art. 476 y el cadáver se inhumará sin pompa alguna.

Art. 530.— Siempre que se imponga la pena de muerte con degradación pública, el reo será fusilado por la espalda.

Art. 531.— La pena de reclusión se cumplirá en los establecimientos destinados al efecto por el Poder Ejecutivo, con trabajo obligatorio en celda o pabellones aislados —según la aptitud profesional y estado de salud del penado—, con segregación celular individual nocturna y diurna, en las horas no destinadas al trabajo o a la instrucción, higiene, y recreación indispensable.

Los reclusos cuando cumplan su pena, en establecimientos comunes, estarán siempre separados de los condenados a prisión mayor o menor.

Art. 532.— La pena de prisión consiste en la detención del delincuente en cárcel, fortaleza o buque destinado exclusivamente al efecto. La prisión se distingue en mayor o menor, produciendo, respectivamente, los efectos señalados en los arts. 537 a 542.

Art. 533.— La pena de degradación consiste en la declaración formal de que el delincuente es indigno de llevar las armas y vestir el uniforme de los militares de la República.

Esta declaración se hará en forma pública o en privado, con las solemnidades que prescriben los reglamentos.

Art. 534.— La pena de reclusión no puede imponerse por toda la vida, sino por un número determinado o indeterminado de años.

Si la reclusión fuera por tiempo indeterminado, el penado que hubiere sufrido ya veinte años de condena, observado buena conducta y dado pruebas evidentes de reforma durante los diez últimos años, tendrá derecho a pedir que se le conceda la libertad.

Art. 535.— La reclusión por tiempo determinado, variará entre tres y veinticinco años.

Art. 536.— La pena de muerte y la de reclusión, llevarán siempre aparejada la degradación, cuando sean impuestas por violación de la ley penal común; pero en los delitos militares, tan sólo cuando este Código expresamente lo determine.

Art. 537.— La prisión mayor durará de dos años y un día a seis años; se cumplirá en los establecimientos o lugares indicados en el art. 532, con trabajo obligatorio en talleres o colonias penales, según la aptitud y preferencia del penado, con segregación celular individual nocturna.

Art. 538.— Las penas de reclusión o de prisión mayor, impuestas a oficiales, llevarán siempre como accesoria la destitución.

Art. 539.— Los suboficiales, clases y tropa condenados a reclusión o prisión mayor, al terminar su condena ingresarán en calidad de soldados o sus equivalentes a un cuerpo de disciplina, para extinguir el tiempo de servicio militar que obligatoriamente corresponda de acuerdo con las respectivas leyes orgánicas.

En el mismo cuerpo deberá además extinguir el personal contratado, su compromiso de servicio, salvo que por el ministerio militar correspondiente se resuelva relevarlo del cumplimiento del contrato.

Art. 540.— La prisión menor durará de un mes a dos años, y llevará como accesoria, respecto de los oficiales, la suspensión de empleo por el mismo tiempo de su duración.

Durante el término de la condena, los condenados a prisión menor, serán ocupados en trabajos técnicos escritos o cartográficos, que contribuyan a su mejor preparación profesional.

Art. 541.— Los suboficiales, clases e individuos de tropa condenados a prisión menor, llenarán, después de cumplida su condena, el tiempo de servicio que les faltare, en los cuerpos o unidades que corresponda. Durante la condena, serán ocupados en los trabajos útiles que autoricen los reglamentos de la prisión.

Art. 542.— Los oficiales que cumplan pena privativa de libertad, estarán siempre separados de los suboficiales, clases y tropa.

Art. 543.— La pena de degradación produce los efectos siguientes:

- 1) destitución;
- 2) inhabilitación absoluta y perpetua;
- 3) prohibición de usar condecoraciones y de recibir pensiones o recompensas por servicios anteriores.

Art. 544.— Cuando la degradación se impone como pena principal, lleva como accesoria la prisión menor por el tiempo que la sentencia señale.

Art. 545.— Cualquiera que sea la duración asignada a las penas en este capítulo, cuando ellas se imponen como accesorias durarán lo que dure la principal, salvo lo dispuesto con respecto a la degradación y a la destitución por el art. 615, último párrafo.

Art. 546.— Las penas impuestas a militares por los tribunales comunes producirán, respecto de los condenados, los efectos previstos en este Código para la pena de la misma especie, y los que las leyes orgánicas determinen.

Art. 547.— Las penas comunes tendrán los límites de duración previstos en el Código Penal y se declararán extinguidas con arreglo a lo que el mismo disponga.

Art. 548.— Si el militar condenado se encontrare en situación de retiro o tuviere los servicios necesarios para obtenerlo y por efecto de la condena debiera perder aquél beneficio, los deudos del mismo con derecho a pensión conforme a la ley orgánica respectiva, recibirán la que les corresponda.

Capítulo II

CLASIFICACIÓN, DURACIÓN Y EFECTOS DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

Art. 549.— Las faltas se reprimen con las sanciones disciplinarias siguientes:

- 1) destitución;
- 2) suspensión de empleo;
- 3) arresto;
- 4) suspensión de mando;

- 5) apercibimiento;
- 6) confinamiento;
- 7) exclusión del servicio;
- 8) remoción de clase;
- 9) suspensión de suboficiales y clase;
- 10) recargo de servicio;
- 11) calabozo;
- 12) fajinas.

Art. 550.— Salvo lo dispuesto en este capítulo, la imposición de las sanciones disciplinarias se hará en la forma y extensión que establezcan los reglamentos que al efecto dicte el presidente de la Nación. Ellos determinarán también la clase y la porción de sanción que corresponde imponer a cada uno según la categoría y grado dentro de la escala jerárquica.

Art. 551.— A los oficiales no se impondrá otras sanciones disciplinarias que las de destitución, suspensión de empleo, suspensión de mando, arresto y apercibimiento.

Art. 552.— La sanción de destitución es aplicable a todo militar y consiste en:

- 1) la pérdida definitiva del grado;
- 2) la baja de las fuerzas armadas.

El destituido no podrá readquirir estado militar sino en cumplimiento de las obligaciones del servicio militar que, como ciudadano, le correspondan;

3) la pérdida de todo derecho contra el Estado por servicios anteriores.

Esta sanción se aplicará por el presidente de la Nación previo sumario en los casos que el Código lo estableciere y no podrá ser impuesta a los oficiales superiores de las instituciones armadas, sino por sentencia de consejo de guerra.

La destitución no se aplicará al personal de soldados, y sus equivalentes, que forme parte de las fuerzas armadas en cumplimiento del servicio militar obligatorio.

Art. 553.— La suspensión de empleo es sanción aplicable únicamente a oficiales y consiste en la privación temporal de los derechos, prerrogativas y honores propios del empleo, a excepción del derecho a percibir la mitad de sus haberes. A este efecto se hará constar en las listas de revista la suspensión de empleo. Esta sanción no podrá exceder de un año ni ser menor de un mes, ni podrá ser impuesta más que por decreto del presidente de la Nación mediante una prevención suaria.

Art. 554.— La sanción de confinamiento consiste en prestar servicios en los cuerpos de disciplina o en las unidades estacionadas en las islas, o puntos fronterizos de la República.

Art. 555.— La sanción de confinamiento se impondrá únicamente a los suboficiales, clases e individuos de tropa, y su duración será de cuatro meses a cinco años. Esta sanción se aplicará por el presidente de la Nación previo sumario, en los casos establecidos en esta ley.

Art. 556.— En el tiempo de duración que se asigne a la sanción de confinamiento, no se incluye el que faltaba al infractor para cumplir su compromiso o su obligación de servicio, el cual, una vez cumplida la sanción, debe llenarse en la misma unidad o cuerpo disciplinario y a razón de un día de servicio en él, por dos de los que le faltaban integrar.

Art. 557.— Los confinados sólo percibirán medio sueldo, durante el término de la sanción. Exceptúanse de esta disposición a los que cumplen en cuerpos de disciplina, su tiempo de servicio, quienes percibirán sueldo íntegro.

Art. 558.— La facultad de imponer arresto al inferior es inherente a todo empleo militar, dentro de los términos que para cada uno, señalen los reglamentos decretados por el presidente de la Nación.

Art. 559.— La sanción de arresto consiste en la simple detención de la persona arrestada, en domicilio particular, buque de guerra, cuartel o establecimiento militar.

Art. 560.— Cuando el arresto se cumple en buque, cuartel o establecimiento militar, la autoridad militar que lo ordenó podrá disponer que el arrestado, si es suboficial, clase o individuo de tropa, permanezca detenido en la guardia, y si es oficial, en el alojamiento propio. Podrá también prohibirle que reciba visitas, a su juicio, si ese rigor fuese necesario para la eficacia de la sanción.

Art. 561.— La sanción de arresto a los oficiales lleva siempre como accesorio la suspensión de mando por el tiempo de su duración.

Art. 562.— Los individuos de tropa en arresto serán ocupados en fajinas y, tanto ellos como los suboficiales y clases, podrán ser utilizados para el servicio, cuando fuere necesario a juicio del oficial de quien dependen.

Art. 563.— El máximo de la sanción de arresto será de seis meses y el mínimo de veinticuatro horas.

Art. 564.— La suspensión de mando consiste en la privación temporal de la parte de mando asignada al empleo militar.

Art. 565.— La suspensión de mando como sanción principal es aplicable únicamente a oficiales, y no podrá durar más de seis meses.

Art. 566.— Cuando la suspensión de mando se imponga como sanción principal y por mayor tiempo de un mes, el afectado percibirá tan sólo dos terceras partes de los haberes correspondientes al empleo. A este efecto la suspensión de mando se hará constar en las listas de revista.

Art. 567.— La reducción prescrita por el artículo anterior no se producirá cuando la suspensión se impone por menos de un mes o cuando se cumple como sanción accesoria.

Art. 568.— La sanción de exclusión del servicio, sólo se aplicará a los suboficiales, clases y tropa y consiste en la baja inmediata de las filas, con prohibición de reintegro y la pérdida absoluta de todos los derechos adquiridos en su condición de integrante de las fuerzas armadas, excepto el de la computación de los servicios a los efectos de la obtención del retiro, jubilación, pensión o montepío.

Esta sanción sólo podrá ser aplicada por el presidente de la Nación o el ministro respectivo, previa información.

Art. 569.— La sanción de remoción de clase consiste en retrogradar a los sargentos y cabos o sus equivalentes, en uno o más grados, quienes deberán continuar en el que se les fije o como soldados, en su caso, hasta la terminación de su compromiso de servicios.

El removido, antes de la terminación de su contrato pero después de tres meses de habersele aplicado la sanción, podrá recuperar un grado, si la causa de la remoción no hubiere sido de suma gravedad.

Art. 570.— La sanción de suspensión de suboficial o clase consiste, en privar temporalmente a los mismos de sus funciones e insignias por un tiempo no menor de un mes ni mayor de seis meses. Los suspendidos sólo percibirán la mitad de sus haberes.

Art. 571.— El recargo de servicio consiste en prolongar la permanencia en las filas, por mayor tiempo del que establece la ley de reclutamiento o el compromiso de servicios, en su caso.

Esta sanción no excederá de dos años y no podrá imponerse sin que medie, en cada caso, una resolución del presidente de la Nación, salvo lo establecido por los arts. 719 y 721 de este Código.

En tiempo de guerra podrán dictar dicha resolución los comandantes en jefe, de ejércitos o escuadras en operaciones, gobernadores de plazas fuertes y jefes con mando independiente.

Art. 572.— La sanción de calabozo consiste en recluir al autor de la falta.

Esta sanción no podrá exceder de tres meses debiendo sacarse al infractor diariamente para ejercicios y fajinas. Los suboficiales y clases no saldrán más que para ejercicios.

Art. 573.— El apercibimiento consiste en la formal amonestación al militar, dejándose constancia de ello en su foja de servicios.

Art. 574.— Las fajinas consisten en el recargo en los trabajos de limpieza del cuartel o establecimiento militar o en cualquier otro trabajo material de utilidad para el servicio; su duración no podrá exceder de un mes.

Capítulo III

APLICACIÓN DE LAS SANCIONES

Art. 575.— Ningún tribunal o autoridad militar podrá aumentar ni disminuir las sanciones, excediendo el máximo o el mínimo de ellas, salvo lo dispuesto en el art. 585; ni agravarlas ni atenuarlas substituyéndolas con otras, sino en los términos y casos en que las leyes lo autoricen.

Art. 576.— Ninguna infracción puede reprimirse con sanciones no establecidas por la ley antes de ser cometida.

Si por leyes posteriores a la infracción, ésta perdiese ese carácter, cesan de pleno derecho el juicio o la condena.

Si la ley penal del tiempo de la infracción y las posteriores son diversas, se aplicará la que contenga disposiciones más favorables al imputado.

Si la sanción se ha impuesto ya por sentencia ejecutoria, se substituirá aquélla por la más benigna, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 439, inc. 4.

Art. 577.— Ninguna sanción podrá ser aplicada por simple analogía, a no ser en los casos en que la ley así lo haya establecido, determinando las disposiciones que servirán para ello.

Art. 578.— Para la imposición de una sanción accesoria, basta que se halle establecida por la ley, sin que sea necesaria la declaración expresa en la sentencia.

Art. 579.— El tribunal aplicará la sanción dentro de los límites fijados por la ley, teniendo en cuenta todas las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el capítulo III, título I, libro I, de este tratado.

En el ejercicio de esa atribución deberá considerar especialmente:

1) La naturaleza del delito, según:

- a) la gravedad del daño o del peligro causado a la seguridad, a los intereses del Estado o a la disciplina de las fuerzas armadas;
- b) la especie, medios, objeto, tiempo, lugar, y toda otra modalidad de la acción.

2) La personalidad del agente, según:

- a) sus antecedentes penales;
- b) su conducta anterior al delito; y sus antecedentes militares;
- c) los motivos que le impulsaron a delinquir;
- d) sus condiciones de vida individual, familiar y social.

Art. 580.— Cuando este Código impone penas conjuntas, se aplicarán todas ellas y con sujeción a la regla del artículo anterior.

Art. 581.— Cuando este Código señala al delito pena alternativa, el tribunal aplicará la que, a su juicio, sea más apropiada al caso.

Art. 582.— Si las sanciones alternativas fuesen de diversas categorías, es decir, pena de delito o sanción disciplinaria, esta última no podrá aplicarse sino por sentencia de consejo de guerra.

Art. 583.— Cuando corresponda la aplicación de la pena de muerto y concurran preventivamente circunstancias atenuantes, se aplicará la pena inferior inmediata; y cuando la que corresponda sea la de reclusión por tiempo indeterminado, se aplicará reclusión por doce a veinticinco años.

Art. 584.— Ninguna presunción, por veleidos que sea, dará lugar a la imposición de la pena de muerte.

Art. 585.— Al culpable de dos o más infracciones sujetas a la jurisdicción militar, que aún no hayan sido juzgadas, se le aplicará la sanción de la infracción más grave, considerándose las otras como causa de agravación.

En caso de que, después de una condena impuesta por consejos de guerra se deba juzgar a la misma persona, por nuevos delitos militares, y el condenado se hallare cumpliendo pena privativa de libertad, en la nueva sentencia se procederá a unificar todas las penas, pudiendo, en tal caso, imponerse al encausado, como mínimo, el mínimo de la pena mayor y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos.

En la unificación de penas por delitos militares, dicha suma no podrá exceder de cinco años para la prisión menor; de doce, para la prisión mayor; y de veinticinco, para la reclusión.

A pedido de parte, se procederá a unificar las penas e imponer por delitos comunes juzgados por los tribunales militares y por los ordinarios,

rios, debiendo dictar sentencia única el tribunal a quien corresponda imponer la pena mayor. Tratándose de penas iguales, la unificación deberá solicitarse al tribunal que juzgue el último hecho cometido. En este caso, los tribunales militares procederán de acuerdo con la regla establecida en el segundo párrafo de este artículo.

Será nula toda sentencia de los tribunales militares, en que no se hubiera observado lo dispuesto precedentemente.

No se unificarán las penas cuando concurren delitos específicamente militares con delitos comunes, juzgados alguno o algunos de ellos por los tribunales de la justicia ordinaria.

Art. 586.— Cuando por razón del carácter del procesado no se pueda aplicar sanción militar, será ésta reemplazada de la manera siguiente:

1) la degradación militar impuesta como pena principal, por la de prisión hasta cuatro años y la inhabilitación absoluta y perpetua en todos los casos;

2) la destitución y el confinamiento, por prisión hasta dos años.

Art. 587.— Cuando se trate de delitos comunes, los consejos de guerra impondrán las penas señaladas por el Código Penal o la ley especial violada, excepto que la infracción fuera reprimida con multa en cuyo caso será sustituida por la de arresto militar.

Art. 588.— Las penas temporales empiezan a correr:

1) las que van acompañadas de degradación, desde que ésta se lleva a cabo;

2) las demás, desde que la sentencia condenatoria haya sido pronunciada, si el condenado se encuentra privado de libertad, y desde que sea reducido a prisión, cuando se encuentre fuera de ella.

Art. 589.— En las penas privativas de libertad, los tribunales militares harán abono de la prisión preventiva, con arreglo a la siguiente escala: cuatro días de prisión preventiva equivalen a un día de reclusión; dos, a uno de prisión mayor; uno, a otro de prisión menor o de confinamiento, y uno de prisión preventiva, a dos de arresto.

Art. 590.— Toda condena pronunciada contra un oficial, suboficial o clase, por delito consumado o tentativa, por razón de robo, hurto, estafa, defraudación común o militar, entraña la destitución.

Art. 591.— La aplicación de pena a los asimilados se hará con arreglo al empleo a que se refiere la asimilación.

Art. 592.— Cuando al señalar la pena de un delito, este Código la designe genéricamente, ella podrá aplicarse en sus diversas formas o modalidades, según las circunstancias del caso, apreciadas por el tribunal.

Capítulo IV

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
Y DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Art. 593.— La acción penal se extingue:

- 1) por muerte del imputado;
- 2) por amnistía;
- 3) por prescripción;
- 4) por sentencia irrevocable o sobreseimiento definitivo.

Art. 594.— Las causas de extinción enunciadas en el artículo anterior, pueden alegarse en cualquier estado del proceso.

Art. 595.— La muerte del acusado extingue la acción tan sólo en cuanto a la pena corporal.

Art. 596.— La amnistía extingue la acción, con el alcance establecido en el art. 478. Si los imputados se hallasen detenidos, se los pondrá en libertad.

Art. 597.— Por la prescripción de la acción se extingue también el derecho de proceder contra los responsables.

Art. 598.— La prescripción es personal: corre a favor y en contra de toda persona y para ella basta el simple tránscurso del tiempo señalado, salvo lo dispuesto en el última parte del art. 114.

Art. 599.— Los términos de la prescripción han de ser continuos; se contarán, en ellos, el día en que comienzan y aquél en que concluyen.

Art. 600.— La acción penal se prescribe:

- 1) por el tránscurso de veinte años, si el delito se reprime con la pena de muerte;
- 2) por el tránscurso de quince años, si el delito se reprime con reclusión por tiempo indeterminado;
- 3) por el tránscurso de diez años, si la pena correspondiente fuera la de reclusión por tiempo determinado o de degradación como pena principal;
- 4) por el tránscurso de seis años, si se reprime con pena de prisión mayor;
- 5) por el tránscurso de cuatro años; en todos los demás casos de delitos militares.

Art. 601.— En los delitos comunes la acción penal se prescribe de acuerdo a los plazos fijado por el Código Penal o la ley especial, en su caso.

Art. 602.— En los casos de delitos reprimidos con pena alternativa, a los efectos de la prescripción se requerirá el tránscurso del plazo correspondiente a la pena más grave.

Art. 603.— Los plazos determinados en el art. 600 empiezan a correr:

- 1) para los delitos consumados, desde el día en que éstos fueron cometidos;
- 2) para la tentativa o delito frustrado, desde el día en que se cometió el último acto de ejecución, lo mismo que para la proposición o la conspiración, cuando éstas sean punibles;
- 3) para los delitos continuos, desde el día en que se cometió el último hecho;
- 4) para las deserciones, dicho plazo comenzará a correr desde el día en que aquélla se reputa consumada.

Art. 604.— La comisión de un nuevo delito interrumpe la prescripción de la acción penal respecto de su autor.

Art. 605.— Pronunciada una sentencia irrevocable, sea condenatoria o absolutoria, no se podrá intentar de nuevo la acción penal por el mismo hecho, contra la misma persona.

Art. 606.— La sentencia pronunciada en un proceso seguido contra alguno de los autores de un delito, no perjudicará a los demás responsables no juzgados cuando sea condenatoria, pero les aprovechará la absolución si tuvieran a su favor las mismas causales de extinción de la acción penal que sirvieron de fundamento a la absolución.

Art. 607.— La acción para sancionar las faltas disciplinarias, se extingue:

- 1) por muerte del infractor;
- 2) por prescripción, por el tránscurso de un año; salvo que corresponda destitución, exclusión del servicio, remoción de clase, condenamiento o recargo de servicio, en cuyos casos se aplicará el plazo del inc. 5 del art. 600.

Los plazos mencionados en el presente artículo comenzarán a correr conforme a lo dispuesto en el art. 603.

Art. 608.— La prescripción de la acción disciplinaria militar, sólo se interrumpe:

- 1) por la aplicación de la sanción disciplinaria, aunque ésta sea recurrida;
- 2) por la comisión de una nueva falta, de la misma naturaleza.

Capítulo V

EXTINCIÓN DE LAS PENAS
Y DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

Art. 609.— La pena se extingue por los mismos medios determinados en el art. 593 y además:

- 1) por indulto;
- 2) por commutación;
- 3) por cumplimiento de la condena.

Art. 610.— La muerte del condenado extingue la pena corporal.

Art. 611.— La amnistía extingue la pena y todos sus efectos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 478.

Art. 612.— El indulto remite la pena a que el reo hubiere sido condenado y extingue sus efectos, salvo lo dispuesto en el art. 480.

Art. 613.— La commutación importa la remisión de la pena establecida en la sentencia y su reemplazo por la designada en la resolución que la acordare.

Art. 614.— La prescripción de una pena extingue el derecho de exigir su ejecución y el de commutarla por otra.

Art. 615.— Para la prescripción de las penas se observarán las reglas siguientes:

- 1) la pena de muerte se prescribe por el tránscurso de treinta años, y se commuta de pleno derecho en la reclusión indeterminada por el tránscurso de cinco años;
- 2) la pena de reclusión por tiempo indeterminado, se prescribe a los veinticinco años;
- 3) la pena de reclusión por tiempo determinado, se prescribe a los quince años;
- 4) la prisión mayor se prescribe a los ocho años;
- 5) las demás penas privativas de libertad, por un tiempo igual al de la condena.

Aquellos a quienes se les hubiere aplicado la pena de degradación no podrán ser rehabilitados sino por disposición expresa de una ley.

Art. 616.— Los términos para la prescripción de las penas empiezan a correr desde el día en que la sentencia queda firme, o si la sentencia ha comenzado a cumplirse, desde el día en que la ejecución se interrumpe.

Art. 617.— La prescripción de las penas se interrumpe:

- 1) por la circunstancia establecida por el art. 604 para la acción penal;

2) por la presentación voluntaria del condenado o por su aprehensión.

Art. 618.— Son aplicables a la prescripción de la pena las disposiciones referentes a la prescripción de la acción penal en cuanto no se opongan a las de los artículos anteriores.

Las penas por delitos comunes prescriben de acuerdo con los plazos establecidos a tales efectos en el Código Penal.

Art. 619.— Las sanciones disciplinarias se extinguen:

- 1) por la muerte del sancionado;
- 2) por decisión de autoridad militar competente;
- 3) por prescripción.

Art. 620.— La prescripción de las sanciones disciplinarias se opera por el tránscurso de un año, salvo lo dispuesto por el inc. 2 del art. 607.

Libro II

INFRACCIONES MILITARES EN PARTICULAR

Título I

DELITOS CONTRA LA LEALTAD A LA NACIÓN

Capítulo I

TRAICIÓN

Art. 621.— Los individuos de las fuerzas armadas que cometan el delito de traición definido por la Constitución Nacional, serán condenados a degradación pública y muerte:

- 1) si han puesto en peligro la independencia o integridad de la República o causado daño grave e irreparable a sus fuerzas militares;
- 2) si han impedido que una operación de guerra produzca los resultados que debía producir.

Cuando el acto de traición no produzca los efectos señalados en los incisos anteriores, la pena será de reclusión por tiempo indeterminado y degradación pública.

Art. 622.— Se consideran, particularmente, actos de traición:

- 1) hacer armas contra la Nación, militando bajo las banderas de sus enemigos;
- 2) facilitar al enemigo la entrada en territorio nacional, el progreso de sus armas, o la toma de una plaza, puerto militar, buque del Estado, aeropuerto, base aérea, aeronave, máquina de guerra y otras semejantes, almacén, bagajes, elementos de telecomunicaciones y otros recursos de importancia;
- 3) proporcionar al enemigo medios directos de hostilizar a la Nación;
- 4) destruir o inutilizar en beneficio del enemigo, caminos, elementos de telecomunicaciones, faros, semáforos, aparatos para señales, balizas que marquen peligro o rumbo, las líneas de torpedos o de minas, elementos de infraestructura de aeronáutica, todo o parte importante de un material de guerra, los repuestos de armas, municiones, pertrechos u otros objetos del material de las fuerzas armadas;

- 5) dejar de cumplir total o parcialmente una orden oficial, o alterarla de una manera arbitraria, para beneficiar al enemigo;
- 6) dar maliciosamente noticias falsas u omitir las exactas, relativas al enemigo, cuando fuera su deber trasmisitirlas;
- 7) comunicar al enemigo noticias sobre el estado de las fuerzas armadas o de sus aliados;
- 8) poner en su conocimiento los santos, señas y contraseñas, órdenes y secretos militares o políticos que le hayan sido confiados, los planos de fortificaciones, arsenales, plazas de guerra, puertos, o radíos, aeropuertos, bases aéreas, explicaciones de señales o estados de fuerzas, la situación de las minas, torpedos o sus estaciones o el paso o canal entre las líneas de éstos;
- 9) reclutar gente dentro o fuera del territorio nacional para una potencia enemiga;
- 10) seducir las tropas de la Nación para engrosar las filas del país enemigo;
- 11) provocar la fuga o impedir dolosamente la reunión de tropas desbandadas en presencia del enemigo;
- 12) arriar, mandar arriar o forzar a arriar la bandera nacional sin orden del jefe en ocasión del combate o impedir de cualquier modo el combate o el auxilio de fuerzas nacionales o aliadas;
- 13) desertar hacia las filas enemigas;
- 14) servir de guía al enemigo para una operación militar contra tropas, embarcaciones o aeronaves argentinas o aliadas, o siendo guía de tropas, embarcaciones o aeronaves argentinas o aliadas desviárlas dolosamente del camino que se proponían seguir;
- 15) divulgar intencionalmente noticias que infundan pánico, desaliento o desorden en las fuerzas armadas nacionales o aliadas;
- 16) impedir que las fuerzas nacionales o aliadas reciban en tiempo de guerra los auxilios o noticias que se les enviaran;
- 17) poner en libertad a prisioneros de guerra con el objeto de que engrosen las filas enemigas;
- 18) ocultar, hacer ocultar o poner en salvo a un espía o agente del país enemigo, conociendo su condición;
- 19) mantener directamente, o por medio de tercero, correspondencia con el enemigo, que se relacione con el servicio o con las operaciones encomendadas a las fuerzas nacionales, si no han recibido al efecto orden escrita del jefe superior de quien dependan. Este caso comprende también a cualquier otra persona que acompañe o sirva en las fuerzas armadas.

Art. 623.— En todo acto de traición, el delito frustrado se reprimirá con reclusión por seis a quince años y degradación pública.

La conspiración y la proposición se reprimirán, respectivamente, con reclusión por cinco a diez años y con prisión mayor por tres a seis años. En ambos casos se impondrá la degradación.

Art. 624.— El militar que tuviere conocimiento de un acto de traición, a tiempo de poderlo evitar, y no tratare de impedirlo o, en caso de imposibilidad, no diera parte inmediatamente, será reprimido como cómplice.

Art. 625.— Queda exento de pena el complicado en el delito de traición que lo revele antes de coméntarse a ejecutar y a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

Capítulo II.

INSTIGACIÓN A COMETÉR ACTOS HOSTILES

Art. 626.— Será reprimido con degradación y reclusión de diez a veinticinco años, el militar que instigare a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la Nación. Si la guerra tuviere efecto, la pena será de degradación y muerte.

Art. 627.— Será reprimido con degradación, y reclusión de diez a veinte años o prisión mayor, el militar que instigare a una potencia extranjera a realizar actos hostiles contra la Nación. Si los actos hostiles tuvieran lugar, la pena será de degradación, y reclusión de quince a veinticinco años; y si a consecuencia de ellos sobreviniere la guerra o se produjeran estragos, devastación, o muerte de personas, la pena será de degradación y muerte.

Art. 628.— Será reprimido con degradación y reclusión por tiempo indeterminado, el militar que tuviere inteligencia con una potencia extranjera, a fin de favorecer sus operaciones militares para el caso de guerra con la Nación.

Capítulo III

ESPIONAJE Y REVELACIÓN DE SECRETOS CONCERNIENTES A LA DEFENSA NACIONAL

Art. 629.— Comete delito de espionaje todo individuo que bajo disfraz, con un falso pretexto, o de cualquier manera oculta o siglosa, penetra a las plazas de guerra, buques, aeronaves, arsenales, puertos militares, bases aéreas, campamentos, columnas en marcha, etcétera, con el fin de hacer reconocimientos, levantar croquis, hacer planos y recoger en general, todas las informaciones y noticias que puedan ser de utilidad al enemigo o servir a una potencia extranjera en caso de guerra.

Si el agente es ciudadano o militar argentino, el delito se reprimirá con la pena de la traición.

Art. 630.— No se consideran autores de este delito:

- 1) los militares enemigos que ejecuten manifestamente y con su uniforme, cualquiera de los actos a que se refiere el artículo anterior;
- 2) los correos u otras personas que cumpliendo abiertamente con su misión sin introducirse artificiosamente en los lugares designados, trasmitan noticias al enemigo;
- 3) los militares u observadores enemigos que, sin disfraz en su uniforme ni en las aeronaves o máquinas en que se trasladen, reconozcan las posiciones de las fuerzas armadas o crucen sus líneas, con cualquier objeto.

Art. 631.— Las personas mencionadas en el artículo anterior, u otras que se encuentren en condiciones análogas, quedarán sujetas, sin embargo, a las leyes de la guerra prescritas por el derecho internacional.

Art. 632.— Los espías, en tiempo de guerra, serán reprimidos con pena de muerte o de reclusión por tiempo indeterminado, según el carácter del delito y gravedad de los hechos; en tiempo de paz, con reclusión por ocho a doce años.

Art. 633.— La proposición para cometer el delito de espionaje, se reprimirá con prisión.

Art. 634.— Será reprimido con prisión, el que sin el propósito de servir a una potencia extranjera, revelare datos relacionados con la fuerza, preparación o defensa militar de la Nación, que deban permanecer secretos o permitiere que otras personas entren en conocimiento de ellos.

Art. 635.— Será reprimido con prisión hasta cuatro años, el que sin el propósito de servir a una potencia extranjera, se procure, sin la debida autorización, datos relacionados con la fuerza, preparación o defensa militar de la Nación, que deban permanecer secretos.

Art. 636.— Será reprimido con prisión hasta cuatro años, el que sin la debida autorización practique reconocimientos, levantare planos, sacare croquis o tome fotografías o películas cinematográficas, de cosas o lugares que interesen a la defensa nacional.

Art. 637.— Será reprimido con prisión hasta tres años:

- 1) el que se introdujere clandestinamente o con engaño en lugares, a los que por razones de defensa nacional, no esté autorizado a penetrar;
- 2) el que fuere sorprendido, en esos lugares o sus proximidades o en aeronaves, en posesión injustificada de medios idóneos para cometer el delito previsto en el artículo anterior.

Art. 638.— El militar con mando, que hubiere verificado, sin necesidad, actos hostiles no ordenados ni autorizados por el gobierno, exponiendo a la Nación a una declaración de guerra, será reprimido con reclusión de ocho a quince años.

La pena será de reclusión por tiempo indeterminado o muerte, si las referidas hostilidades han consistido en un ataque a mano armada contra buques, aeronaves, tropa o súbditos de una nación aliada o neutral, o si por efecto de aquellos actos se ha declarado la guerra, o se ha producido incendio, devastación, o muerte de alguna persona, o se ha causado perjuicio a las operaciones de guerra, o puesto en peligro las fuerzas de la Nación.

Art. 639.— El militar con mando que, por haber practicado sin necesidad algunos actos no autorizados ni ordenados por el gobierno diera lugar con ellos a que cualquier persona que se halle bajo protección de las leyes del Estado sufra represalias, será reprimido con prisión mayor, y si hubiere existido provocación, la pena será de prisión menor, atentas las circunstancias.

Si los actos arbitrarios de que se trata no hubieran producido represalias, la pena será de prisión menor hasta un año.

Art. 640.— El militar sin mando que incurriera en cualesquiera de los hechos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con las penas señaladas en los mismos, disminuidas de un tercio a la mitad; si la pena fuera de muerte, será substituida por la de reclusión por tiempo indeterminado y si fuera esta última, por la de reclusión a veinticinco años.

Art. 641.— Será reprimido con degradación y muerte o reclusión por tiempo indeterminado o prisión mayor, el militar que con abuso de su condición de tal o empleando fuerza, nave o aeronave militar, cometiere actos de piratería.

Capítulo IV

DELITOS QUE AFECTAN LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE LA NACIÓN

Título II

DELITOS CONTRA LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Capítulo I

REBELIÓN

Art. 642.— Cometan rebelión militar los integrantes de las fuerzas armadas que promuevan, ayuden o sostengan cualquier movimiento armado para alterar el orden constitucional o para impedir o dificultar el ejercicio del gobierno en cualquiera de sus poderes.

Art. 643.— Los culpables de rebelión militar frente al enemigo extranjero, serán reprimidos:

- 1) con pena de muerte y degradación los promotores y cabecillas con mando superior en la rebelión y los superiores de ellos que participaren en la misma; así como los que utilizaren las fuerzas a su mando para rebelarse y adherirse al movimiento, cuando no se encuentren en inmediata relación de dependencia de los jefes de las fuerzas que ya se hubieren plegado a la rebelión;
- 2) con reclusión por tiempo indeterminado los oficiales que, fuera de los casos previstos en el inciso precedente, participen en cualquier forma en la rebelión;
- 3) con reclusión hasta doce años o prisión, los suboficiales, clases e individuos de tropa, no comprendidos en el inc. 1.

Art. 644.— Si la rebelión se produjere frente al enemigo rebelde, las penas serán: reclusión por tiempo indeterminado, para los comprendidos en el inc. 1 del artículo anterior; ocho a quince años de reclusión para los comprendidos en el inc. 2; y prisión para los comprendidos en el inc. 3.

Art. 645.— En todos los demás casos de rebelión militar, la pena será: ocho a quince años de reclusión para los comprendidos en el inc. 1 del art. 643; tres a ocho años de reclusión para los comprendidos en el inc. 2; y prisión, para los comprendidos en el inc. 3.

Art. 646.— Si los rebeldes desisten voluntariamente o se rinden antes de producir hostilidades, serán reprimidos en la forma siguiente:

En los casos del art. 643, con prisión mayor de tres a seis años y destitución, los comprendidos en el inc. 1; con prisión mayor de dos

a tres años y destitución, los comprendidos en el inc. 2; y, con prisión menor, los comprendidos en el inc. 3.

En los casos del art. 644, las penas serán: prisión mayor de dos a tres años y destitución, para los comprendidos en el inc. 1; prisión menor y destitución, para los comprendidos en el inc. 2; y prisión menor hasta seis meses, para los comprendidos en el inc. 3.

En los casos del art. 645, se reprimirá: con prisión menor y destitución, a los comprendidos en el inc. 1; con prisión menor hasta un año y destitución, a los comprendidos en el inc. 2; y con prisión menor hasta seis meses y exclusión del servicio, a los comprendidos en el inc. 3.

Art. 647.— La conspiración y la proposición se reprimirán: en los oficiales, con prisión y destitución; en los suboficiales y clases, con prisión menor y destitución; y, en la tropa, con confinamiento.

Se juzgará como proposición la propaganda que incite a la rebelión, hecha por cualquier medio, en los cuarteles, buques, bases aéreas o establecimientos militares.

Si los autores fueren civiles, se les impondrá prisión de seis meses a dos años.

Art. 648.— Quedan exentos de pena los que participando en cualquier grado en la conspiración o proposición, la denunciaren en momentos en que la autoridad no esté todavía sobre aviso, antes de empezar a ejecutarse el delito y a tiempo de evitar que se lleve a efecto.

Art. 649.— Si durante la rebelión o para llegar a ella, se cometiere cualquiera otra infracción de carácter común o militar, se aplicará al rebelde la pena del hecho más grave, con las agravaciones a que huiere lugar.

Art. 650.— El oficial que presenciere la rebelión de una fuerza militar y no pusiere todos los medios a su alcance para evitarla, será reprimido con prisión menor y destitución.

Art. 651.— En los casos del artículo anterior, los suboficiales y clases que tuvieran el mando de un destacamento, retén, avanzada, etcétera, que se rebela, serán reprimidos con prisión menor y destitución.

Art. 652.— Mientras subsista la rebelión, los militares que participen en ella, quedan privados de la autoridad y prerrogativas inherentes a su grado.

Capítulo II

DELITOS CONTRA EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

Art. 653.— Será reprimido con destitución, y reclusión o prisión hasta seis años, el militar que ejecutare actividades tendientes a propagar o difundir doctrinas o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la violencia, se proponga suprimir o cambiar la Constitución nacional, o alguno de los principios básicos consagrados en la misma.

Art. 654.— Será reprimido con la pena establecida en el artículo precedente, el militar que organizare, constituyere, o dirigiere una asociación o entidad que tenga como objeto, visible u oculto, alcanzar las finalidades especificadas en dicho artículo.

Art. 655.— Será reprimido con destitución y reclusión o prisión de seis meses a tres años, el militar que formare parte como afiliado de alguna de las asociaciones o entidades a que se refiere el artículo precedente.

Título III

DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA

Capítulo I

VIAS DE HECHO CONTRA EL SUPERIOR

Art. 656.— Se impondrá pena de muerte o reclusión por tiempo indeterminado al militar que frente al enemigo o frente a tropa formada con armas, ataque, con o sin armas, a un superior, aunque éste no sufra daño alguno.

Art. 657.— El militar que en acto de servicio de armas o con ocasión de él, maltrate de obra al superior, causándole la muerte o lesiones graves, será reprimido con la pena de muerte o reclusión por tiempo indeterminado. Si el ataque se verifica con empleo de armas u otro instrumento ofensivo, se reprimirá con reclusión por tiempo determinado o prisión, sino resultare daño para el superior o sólo le produjere lesiones leves.

Art. 658.— Fuera de los casos comprendidos en los dos artículos anteriores, el militar que maltrate de obra a un superior, o le cause lesiones por otros medios, será reprimido con la pena de prisión.

Se impondrá, en todos los casos del párrafo anterior, la pena de muerte o la de reclusión por tiempo indeterminado, cuando del hecho resulte la muerte del superior, y la de reclusión hasta diez años, se le produjere lesiones graves.

Art. 659.— El que ponga mano a un arma ofensiva o realice actos o demostraciones con tendencia a ofender de obra a un superior, sin llegar a atacarlo, será reprimido con pena de reclusión por tiempo determinado o de prisión mayor, si se trata de los casos comprendidos en el art. 656 y con la de prisión en los de los arts. 657 y 658.

Art. 660.— Si el maltrato de obra a superior tuviere lugar por haber sido el inferior ofendido en su honor como marido, padre o hermano, se le impondrán las penas del Código Penal, de acuerdo a la naturaleza del hecho cometido.

Art. 661.— Cuando el autor de alguno de los hechos previstos por los arts. 657 y 658, hubiere empleado un medio que no podía razo-

nablemente ocasionar la muerte del ofendido, la pena de muerte será sustituida por la de reclusión por tiempo indeterminado y ésta, por la de reclusión de seis a veinte años.

Art. 662.— El militar que, sin recurrir en alguno de los hechos previstos en este capítulo, con violencia física o intimidación, obligare a un superior a ejecutar o a omitir algún acto del servicio, será reprimido con reclusión hasta doce años o con prisión. En tiempo de guerra, la pena será de prisión mayor, reclusión o muerte.

Capítulo II

IRRESPETUOSIDAD

Art. 663.— El militar que, en actos de servicios de armas o con ocasión de él, o en presencia de tropa formada, agraviare, amenazare, injuriare o de cualquier otro modo faltare al respeto debido al superior, con palabras, escritos, dibujos o procederes inconvenientes, será reprimido con prisión. En tiempo de guerra frente al enemigo, la pena será de muerte o reclusión.

Art. 664.— El militar que en los demás actos del servicio cometiere, en tiempo de paz, los hechos a que se refiere el artículo anterior, será reprimido con la pena de prisión hasta cuatro años y la de reclusión, si los hubiere cometido en tiempo de guerra.

Art. 665.— Al militar que cometiere los hechos a que refiere el art. 663, fuera de actos de servicio, se le impondrá, en todo tiempo, prisión menor, destitución u otra sanción disciplinaria.

Art. 666.— El militar que cometiere vías de hecho ó actos de irrespetuosidad contra un superior que no vista uniforme o no lleve distintivo de su grado, ni se haga reconocer como superior, será juzgado conforme a las disposiciones del Código Penal, por el delito que hubiere cometido, salvo que se comprobare que lo conocía, en cuyo caso, se aplicarán al hecho las penas establecidas por este Código.

Capítulo III

INSUBORDINACIÓN

Art. 667.— Será reprimido con prisión hasta cuatro años o con sanción disciplinaria el militar que hiciere resistencia ostensible o expresamente rehusare obediencia a una orden del servicio que le fuera impartida por un superior.

Si el hecho se produjere frente al enemigo, la pena será de muerte o de reclusión por tiempo indeterminado.

La pena será de reclusión hasta diez años si se produjere en formación o en acto del servicio de armas o con ocasión de él.

Art. 668.— Si los hechos previstos en el artículo anterior se produjeren en circunstancias de peligro inminente, tales como incendio, naufragio u otros semejantes, la pena será de prisión mayor o reclusión hasta doce años.

Art. 668 bis *.— En los casos de los dos artículos anteriores en que el tribunal impusiere las penas de reclusión o prisión, podrá además aplicar la de inhabilitación absoluta perpetua, cuando sus autores revelen una posición genérica de rebeldía al cumplimiento de sus deberes inherentes a la nacionalidad.

Art. 669.— Los particulares o personas sin carácter ni asimilación militar que en buque, cuartel o establecimiento militar, pasaren a vías de hecho contra el personal en servicio, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años, salvo que hubieren cometido un delito más grave. Si la amenaza u ofensa fuere de palabra, serán reprimidos con cuatro a ocho meses de la misma pena.

En iguales penas incurrárá el particular que ofenda de palabra o de obra a un militar en presencia de tropa de su mando o de tropa formada.

Capítulo IV

INSULTOS A CENTINELAS, SALVAGUARDIAS O FUERZA ARMADA

Art. 670.— El militar que cometiera, con armas, cualquier violencia contra centinelas o salvaguardias, será condenado a reclusión por tres a ocho años.

Si la violencia se hiciera sin armas, será condenado a prisión.

Si estos mismos hechos se produjeren en tiempo de guerra, la pena será de muerte o reclusión por tiempo indeterminado en el primer caso, y de reclusión por cinco a quince años en el segundo.

Art. 671.— Incurre en las mismas penas del artículo anterior, el militar que resistiere con actos de violencia a una patrulla que procede en cumplimiento de una consigna.

El particular o persona sin carácter militar, que ejecute los hechos a que se refieren el presente artículo y el anterior, será reprimido con prisión de dos a cuatro años, en tiempo de paz; y, con reclusión de cinco a quince años, siempre que de ello no resultare un delito más grave.

* Artículo agregado por ley 21.528, del 17/2/1977, Boletín Oficial del 23/2/1977.

Art. 672.— El militar que amenace u ofenda de palabra a un centinela o salvaguardia, será condenado a prisión menor, si es oficial, y a confinamiento hasta dos años, si es suboficial, clase o individuo de tropa.

Art. 673.— Se considera centinela, a los efectos de este capítulo, a los encargados de los servicios de comunicaciones militares y los imaginarios dentro del buque, cuartel o establecimiento militar. Igualmente se considera como fuerza armada, al militar encargado de la conducción de órdenes o pliegos.

Capítulo V

DESOBEDIENCIA

Art. 674.— Incurre en desobediencia el militar que, sin rehusar obediencia de modo ostensible o expreso, deja de cumplir sin causa justificada, una orden del servicio.

Art. 675.— Ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio militar.

Art. 676.— Si la desobediencia hubiese causado daño o perturbación en el servicio, se reprimirá con arresto y suspensión de empleo, o con destitución o con prisión menor; y si con los mismos caracteres se produjere frente al enemigo, la pena será de prisión mayor o de reclusión por tres a seis años, según fuere la importancia del daño causado.

Art. 677.— Se impondrá la pena de reclusión indeterminada o muerte, cuando la desobediencia haya sido causa:

1) de que se malogre una operación de guerra;
2) de la pérdida o derrota de fuerzas de las instituciones armadas; de la entrega de una plaza fuerte; de la aprehensión o de la destrucción, en tiempo de guerra, de un convoy de heridos, armas, municiones, víveres y demás elementos y pertrechos de guerra.

Art. 678.— Se aplicarán las mismas penas del artículo anterior, siempre que la desobediencia haya favorecido, en cualquier forma, las operaciones o los planes del enemigo.

Art. 679.— Será considerado culpable de desobediencia y reprimido con sanciones disciplinarias el militar que, requerido por un agente de autoridad civil para que contribuya a la detención de una persona, no preste el concurso pedido.

Art. 680.— Al militar que quebrante su arresto se le impondrá prisión menor.

Art. 681.— El militar que contrajere matrimonio contrariando las leyes orgánicas o los reglamentos, será reprimido con destitución o suspensión de empleo no menor de seis meses si es oficial y con destitución o remoción de clase si es suboficial o clase.

Art. 682.— Se impondrá prisión, destitución, o suspensión de empleo según la gravedad del caso y sin perjuicio de las demás responsabilidades legales, al militar que acepte cargos, pensiones u honores de gobiernos extranjeros, sin permiso de la autoridad competente, como asimismo al que use en su uniforme militar condecoraciones que no estén autorizadas por las leyes o reglamentos.

Capítulo VI

MOTÍN

Art. 683.— Incurren en motín los militares que, conjuntamente, en número de cuatro o más, cometieren vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad o insubordinación y, en general, aquellos que adopten colectivamente una actitud hostil o tumultuosa hacia el comando.

Art. 684.— Se consideran, particularmente, autores de este delito, a los militares que en el número expresado en el artículo anterior, ejecuten los actos siguientes:

- 1) reclamar o peticionar tumultuosamente al superior;
- 2) reclamar o peticionar verbal y colectivamente atribuyéndose en forma expresa o tácita la representación de una fuerza armada;
- 3) tomar las armas arbitrariamente desoyendo las órdenes de sus superiores de deponerlas;
- 4) entregarse a desórdenes o excesos, haciendo uso de las armas y desoyendo la intimación de sus jefes cuando los manden volver al orden.

Art. 685.— Se considerarán autores de motín los militares que concertados, en número de cuatro o más, se sustraigan a una obligación u orden del servicio, en presencia del superior, que la reitera.

Art. 686.— Los promotores del motín, los cabecillas y oficiales de más graduación o antigüedad que éstos, que participen del delito, serán condenados a muerte o reclusión por tiempo indeterminado en los casos siguientes:

- 1) cuando el motín ocasionare derramamiento de sangre;
- 2) cuando tenga lugar frente al enemigo;
- 3) cuando hiciere peligrar la existencia de una fuerza militar, o comprometiere gravemente una operación de guerra.

En los casos de los incisos precedentes, los demás partícipes del delito serán condenados a reclusión por tiempo determinado.

Art. 687.— En todos los demás casos, no comprendidos en el artículo anterior, los promotores, cabecillas y oficiales de mayor graduación o antigüedad que éstos, serán condenados a reclusión por cinco a veinticinco años. A los demás partícipes del motín se les impondrá prisión.

Art. 688.— El militar que sin objeto lícito conocido y sin autorización competente, saque fuerza armada de una plaza, destacamento, cuartel, base o buque, será reprimido con prisión menor o sanción disciplinaria.

Art. 689.— Será reprimido como promotor del motín, el militar que estando la tropa reunida, levante la voz en sentido subversivo o incite de cualquier modo a la comisión de delito.

Cuando no se pudiere descubrir al autor o autores de la voz, será quintada la unidad o fracción de donde aquella hubiere partido.

Los quintados serán reprimidos con prisión, destitución u otra sanción disciplinaria, según la gravedad y circunstancias del caso. Quedarán exentos de pena los que denunciaren al verdadero culpable, antes de ser quintados, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiere incurrido el autor del hecho.

Art. 690.— Será reprimido con las mismas penas del artículo anterior, el militar que, estando formado el cuadro en que debe ejecutarse un condenado, levante la voz pidiendo gracia. Esta prescripción será leída o dicha en alta voz por el jefe que mande la ejecución.

Art. 691.— Los promotores, iniciadores o directores del motín, serán considerados coautores de cualquier delito que con motivo o en ocasión del motín, cometiere alguno de los partícipes, a menos que hicieren cuanto estaba a su alcance para evitarlo.

Art. 692.— Será reprimido con reclusión o con prisión mayor, el oficial que presenciere un motín y no empleare todos los medios a su alcance para contenerlo y dominarlo. A los suboficiales y clases, en el mismo caso, se les aplicará pena de prisión menor, o confinamiento por uno a tres años.

Art. 693.— Los particulares o personas sin carácter ni asimilación

militar, que inciten o promuevan el motín, serán penados con prisión hasta seis años.

En los casos del art. 686, se les impondrá reclusión por tres a ocho años.

Art. 694.— La conspiración y la proposición para el motín, se reprimirán imponiendo: reclusión o prisión mayor a los oficiales; prisión menor y destitución, a los suboficiales y clases; y confinamiento a la tropa.

Art. 695.— Mientras subsiste el motín, los militares que participen en él, quedan privados con respecto a los subordinados y subalternos, de la autoridad y prerrogativas inherentes a su función y grado.

Art. 696.— Quedan exentos de pena los que, participando con cualquier grado en la conspiración, la denunciaren en momento en que la autoridad no está todavía sobre aviso, antes de empezar a ejecutarse el delito y a tiempo de evitar que se lleve a efecto.

Capítulo VII

SUBLEVACIÓN

Art. 697.— Será reprimido con reclusión hasta veinte años el militar que se alzare contra sus superiores empleando la fuerza, nave o aeronave de su mando, siempre que con ello no incurriere en delito más grave.

Art. 698.— Mientras subsista la sublevación, el jefe de ésta queda privado, respecto de sus subordinados y subalternos, de la autoridad y prerrogativas inherentes a su función y grado.

Art. 699.— Se reprimirá con prisión al militar que teniendo medios para contener o dominar una sublevación, no lo empleare.

Capítulo VIII

ACTIVIDADES POLÍTICAS O SUBVERSIVAS

Art. 700.— El militar que, mientras reviste en servicio activo, participe ostensiblemente en actividades políticas no autorizadas por las leyes o reglamentos, o cuando en reuniones públicas o por la prensa haga comentarios de índole política partidaria o electoral, será reprimido con sanciones disciplinarias, o destitución.

Art. 701.— Será reprimido con prisión menor y destitución, el militar que desarrolle actividades encaminadas a suscitar en otros militares descontento por el régimen o las obligaciones del servicio militar.

Título IV

INFRACCIONES EN EL DESEMPEÑO DE CARGOS

Capítulo I

ABUSO DE AUTORIDAD

Art. 702.— El militar que se exceda arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones perjudicando a un inferior, o que lo maltrate prevaleciendo de su autoridad, será reprimido con sanción disciplinaria o con prisión, siempre que del hecho no resulte un delito más grave, en cuyo caso, se aplicará la pena que a éste corresponde.

Si el acto se produjere estando el inferior en formación con armas, la pena será de confinamiento, destitución o prisión.

Art. 703.— Todo militar que, valiéndose de la autoridad que inviste, ejerza influencia o haga presión sobre funcionarios, jueces o tribunales para que en los juicios se viole la ley en beneficio o perjuicio de un procesado, será reprimido con suspensión de empleo o con destitución.

Art. 704.— Será reprimido con prisión menor, destitución u otra sanción disciplinaria, el militar que calumniare o injuriare a un subalterno.

Capítulo II

USURPACIÓN DE MANDO

Art. 705.— Será condenado a prisión menor el militar que asuma o rentenga un mando sin autorización.

Si el hecho se produjere en tiempo de guerra, será condenado a prisión mayor.

Art. 706.— El militar que sin una necesidad bien manifiesta, inicie o emprenda sin orden una operación de guerra con las tropas a

sus órdenes, será condenado a prisión mayor, o a reclusión por cuatro a ocho años.

Si con el hecho hubiere puesto en peligro fuerzas armadas o causado grave daño a las operaciones de guerra, será condenado a reclusión por tiempo indeterminado o a muerte.

Art. 707.— Será reprimido con prisión menor, destitución u otra sanción disciplinaria, el militar que en ejercicio de sus funciones empleare o hiciere emplear sin motivo legítimo, contra cualquier persona, violencias innecesarias para el cumplimiento de su cometido, siempre que con ello no hubiere incurrido en un delito más grave.

Título V

INFRACCIONES CONTRA EL SERVICIO

Capítulo I

ABANDONO DE SERVICIO

Art. 708.— El militar que no se encuentre en su puesto para el desempeño de cualquiera de los actos del servicio y que no justifique debidamente su ausencia, será reprimido con sanción disciplinaria. Si el hecho tuviere lugar en tiempo de guerra, se reprimirá con prisión.

Art. 709.— Incurrirá en las mismas penas del artículo anterior, el oficial que habiendo solicitado su baja abandone el servicio antes de haber sido ella concedida y comunicada.

Art. 710.— Se considera cometido el abandono de servicio, cuando el que se halle prestándolo se separe de su puesto a una distancia que lo imposibilita para ejercer la debida vigilancia o cumplir las órdenes referentes al servicio que debe prestar.

Art. 711.— Si el abandono de servicio tiene lugar en combate frente al enemigo o en circunstancias tales que ponga en peligro la seguridad de las fuerzas armadas, la pena será de prisión mayor, reclusión o muerte.

Art. 712.— El militar que en tiempo de guerra abandone la escolta de prisioneros, será penado con prisión o reclusión hasta diez años; si abandonare la escolta de armas o municiones, la pena será de reclusión hasta quince años.

Capítulo II

ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA

Art. 713.— Cometen abandono los oficiales:

- 1) cuando falten tres días continuos del lugar de su destino o residencia, sin autorización superior;
- 2) cuando no se presenten al superior de quien dependan, cuarenta

y ocho horas después de vencida su licencia temporal;

3) cuando no lleguen al punto de su destino; regresen después de emprendida una marcha o se desvén del derrotero que en su pasaporte se les señaló como indispensable, haciéndolo sin orden correspondiente o sin motivo justificado;

4) cuando estando en marcha las fuerzas a que pertenecen, se queden en las poblaciones sin el correspondiente permiso, o con pretexto de enfermedades o males supuestos, o por otros motivos que no sean legítimos;

5) cuando hubieren recibido orden de marcha y no la emprendiesen, después de cuarenta y ocho horas, sin impedimento legítimo, o sin permiso de la autoridad militar que corresponde;

6) cuando recobren su libertad como prisioneros de guerra y no se presenten, sin causa justificada, a cualquier autoridad militar de la República, en el plazo de cinco días.

Si se encontraren en territorio extranjero, los cinco días se cuentan desde que tuvieron oportunidad o el medio de presentarse a la autoridad a que se refiere el párrafo anterior.

Art. 714.— El plazo señalado en el inc. 6 del artículo anterior, podrá ser reducido en tiempo de guerra por resolución del presidente de la Nación o por los bandos de los comandantes en jefe.

Art. 715.— La pena del abandono de destino será: en tiempo de paz apercibimiento o arresto hasta dos meses; cuando el abandono de destino excede de quince días, la sanción será de destitución. En tiempo de guerra la pena será de prisión, destitución u otra sanción disciplinaria, según la circunstancia de cada caso.

Capítulo III

I. DESERCIÓN

Art. 716.— Consuman deserción, salvo que cometieren una infracción más grave, los suboficiales, clases o individuos de tropa:

1) cuando faltaren de la unidad de su destino o lugar fijado por la superioridad como de su residencia, por más de cinco días consecutivos, los que se considerarán trascurridos pasadas cinco noches, desde que se produjo la ausencia;

2) cuando después de faltar tres días de la unidad de su destino o lugar fijado por la superioridad como de su residencia, se les hallare

fuera de esos lugares y a distancia que evidencie su propósito de abandonar las filas;

3) cuando hallándose en uso de licencia o en cumplimiento de una comisión del servicio, no se presentaren, al vencimiento del plazo fijado, dentro del término establecido en el inc. 1, o se colocaren en la situación prevista en el inc. 2;

4) cuando se hallaren disfrazados, ocultos, o con nombres o calidad supuestos, a bordo de embarcaciones, aeronaves u otros medios de transporte listos para partir y hábiles para consumar la deserción;

5) cuando estando en marcha las fuerzas a que pertenecieren, o al disponerse a zarpar el buque, o a decolar la aeronave de cuya dotación forman parte, no se incorporen a ellas en tiempo, o se queden en tierra, sin tener el correspondiente permiso o con pretextos o con motivos no justificados;

6) cuando siendo prisioneros de guerra del enemigo, recobren su libertad y no se presentaren a las autoridades militares de la República, dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubieren recuperado la libertad. Si se hallaren en el extranjero, se considerarán desertores a los diez días de no haber utilizado cualquier medio que tuvieran a su alcance, para ponerse a disposición de las autoridades de la República.

Art. 717.— En tiempo de guerra, el presidente de la Nación y los comandantes en jefe en los bandos que dictaren, podrán reducir los plazos fijados por el artículo anterior, variar las condiciones establecidas en este capítulo para considerar consumada la deserción y agravar las sanciones correspondientes.

Art. 718.— En todos los casos de deserción se establecerá en la sentencia o resolución condenatoria que el desertor pierde todos los derechos que tuviere contra el Estado, en su calidad de individuo de las fuerzas armadas.

Los suboficiales, clases y soldados voluntarios serán destituidos y dados de baja salvo que les faltare integrar su tiempo de servicio, en cuyo caso lo cumplirán como soldados.

Art. 719.— Se considera deserción simple la que no tenga alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo siguiente.

En caso de primera deserción simple, el desertor presentado o aprehendido dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiere consumado la infracción, será sancionado con tres meses de recargo de servicio; si la presentación o aprehensión del infractor tuviere lugar después de ese plazo, se le impondrán seis meses de recargo de servicio.

Tratándose de segunda deserción simple, el infractor será sancionado con un año de recargo de servicio, sin distinguir en lo que a esa segunda infracción se refiera, si la presentación o aprehensión del deserto se hubiere producido o no dentro del plazo de diez días.

En estos casos, la deserción se acreditará mediante acta, y la sanción será impuesta por la autoridad que establezca la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo.

Art. 720.— Se considera deserción calificada la que se comete con alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) con violencia o fractura;
- 2) mediante excavaciones;
- 3) con escalamiento, o sea, cuando el infractor para ausentarse salva un obstáculo material y visible dispuesto como defensa preconstituida de cercamiento, mediante el empleo de aparatos, o de un esfuerzo considerable, o de gran agilidad;
- 4) ausentándose del buque, por sitios no autorizados;
- 5) utilizando embarcaciones, aeronaves u otros medios de locomoción pertenecientes al servicio militar, o llevándose animales, armas, municiones, instrumentos, objetos de navegación útiles, herramientas, o prendas del equipo, con excepción del uniforme de uso indispensable o de aquellos elementos complementarios cuya portación estuviere impuesta obligatoriamente, en el momento de desertar;
- 6) desempeñando actos del servicio, o cumpliendo sanción disciplinaria de arresto o calabozo.

Art. 721.— Tratándose de primera deserción calificada, si el infractor se presentare o fuere aprehendido dentro de los diez días siguientes a aquél en que se considera consumada la deserción, se le impondrán seis meses de recargo de servicio; si se reintegre o fuere aprehendido después de ese plazo, la sanción será de un año de recargo.

La segunda deserción calificada será reprimida con dos años de recargo de servicio.

Cuando hubiere concurrencia de una infracción simple con una calificada, anterior o posterior, la sanción consistirá en el número de meses de recargo de servicio que resulte de la suma del tiempo de recargo fijado para cada una de esas infracciones, según la naturaleza de las mismas.

En estos casos las infracciones se acreditarán mediante información y las sanciones serán impuestas por la autoridad que establezca la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo.

Art. 722.— El infractor que cometiere tres o más deserciones será condenado previo sumario, por el Consejo de Guerra que corresponda, a la pena de dos a cinco años de prisión o confinamiento, quedando sin efecto, en este caso, las sanciones disciplinarias pendientes que le hubieren sido impuestas por las deserciones anteriores, sin perjuicio de que el culpado integre el tiempo de servicio que le faltare, una vez cumplida la condena.

Art. 723.— Si la deserción se cometiere en territorio extranjero, en tiempo de paz, el infractor será condenado a prisión.

Art. 724.— En tiempo de guerra, la deserción será reprimida:

- 1) con pena de muerte, si se produjere frente al enemigo extranjero, o pasándose a sus filas;
- 2) con reclusión o prisión, cuando se cometiere frente al enemigo rebelde, o pasándose a sus filas;
- 3) con prisión, en los demás casos.

II. COMPLOT

Art. 725.— Hay complot para la deserción, cuando ésta se consumare por cuatro o más individuos, de acuerdo y conjuntamente.

En este caso, las sanciones correspondientes serán aumentadas de un tercio a la mitad; para los cabecillas, promotores u organizadores de la deserción colectiva, el aumento será siempre de la mitad de la sanción que les corresponda por su deserción.

III. COMPLICIDAD

Art. 726.— Los militares que en tiempo de paz inciten, provoquen, favorezcan u oculten la deserción serán reprimidos:

- 1) con suspensión de empleo, con destitución o con prisión, si fueren oficiales;
- 2) con prisión menor, destitución u otra sanción disciplinaria, si fueren suboficiales, clases o individuos de tropa.

Art. 727.— En los casos del artículo anterior, las personas sin carácter militar, serán reprimidas con cuatro meses a un año de prisión.

Art. 728.— En tiempo de guerra, los referidos cómplices o encubridores serán reprimidos con prisión mayor, si son oficiales; con prisión hasta cuatro años, si son suboficiales, clases o individuos de tropa; y, con prisión hasta dos años, si son particulares.

IV. CONATO DE DESERCIÓN

Art. 729.— Incurren en conato de deserción:

- 1) los que han faltado dos días consecutivos de la unidad a que pertenezcan y se los encuentre fuera del lugar de su destino;
- 2) los que fueren aprehendidos dentro del pueblo, después de haber faltado de la unidad dos días consecutivos.

Art. 730.— En tiempo de paz, los culpables de conato de deserción serán reprimidos con sanciones disciplinarias. En tiempo de guerra, con prisión.

Capítulo IV

INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DEL CENTINELA, VIOLACIÓN DE CONSIGNA

Art. 731.— El militar que estando de centinela, salvaguardia, vigila, escucha u operador de telecomunicaciones o teletelocalizador, abandona su puesto, será reprimido:

- 1) con pena de muerte, o reclusión por tiempo indeterminado, si el hecho aconteció frente al enemigo;
- 2) con cuatro a ocho años de reclusión, si el hecho tuvo lugar en estado de guerra, no estando frente al enemigo;
- 3) con prisión menor, o confinamiento hasta dos años, en todos los demás casos.

Art. 732.— El militar que estando en alguna de las funciones a que se refiere el artículo anterior, se hallare durmiendo o ebrio o bajo la acción de estupefacientes, será reprimido con las sanciones siguientes:

- 1) reclusión desde ocho años a tiempo indeterminado, o muerte, si se hallare frente el enemigo;
- 2) prisión, si el hecho ocurre en estado de guerra, no estando frente al enemigo;
- 3) prisión menor, o confinamiento hasta dos años, en todos los demás casos.

Corresponderá siempre pena mayor al caso de ebriedad o encontrarse bajo la acción de estupefacientes.

Art. 733.— El militar, que desempeñando algunas de las funciones determinadas por el art. 731, no cumpliera su consigna, o se dejare llevar por otro que no sea su cabó o quien autorizadamente haga sus veces, será reprimido:

1) con pena de muerte, o reclusión, por tiempo indeterminado, cuando el delito tenga lugar frente al enemigo, si de sus resultas se sileguiera algún daño de consideración al servicio;

2) con la de reclusión de ocho a quince años, si en las circunstancias del número anterior no se siguiese daño de consideración al servicio;

3) con la de cuatro a ocho años de reclusión, cometiéndose el delito en campaña, en operaciones o en lugar declarado en estado de guerra, no estando al frente del enemigo;

4) con prisión menor, o confinamiento hasta tres años, en los demás casos.

Art. 734.— El militar que hallándose de centinela o en función de guardia o vigilancia viere saltar o escalar buque, embarcación, aeronaves, máquinas de guerra, muralla, pared, foso o estacada, tanto para salir como para entrar en la plaza, fuerte, recinto cercado o lugares sometidos a la custodia militar, o viese que se aproximan a su puesto los enemigos y no diera pronto aviso o no disparase su arma, será reprimido con pena de muerte o reclusión por tiempo indeterminado, si el hecho tuviera lugar frente al enemigo; con reclusión o prisión por cuatro a doce años, si tuviera lugar en estado de guerra, y de prisión menor, o confinamiento de uno a cuatro años, en todos los demás casos.

Art. 735.— Todo militar que viole una consigna general dada a las tropas de que forma parte, o una consigna que no sea de las especificadas en los artículos anteriores, de cuyo cumplimiento hubiere sido encargado, o que quebrante una consigna dada a otro militar, será reprimido, en tiempo de paz, con sanción disciplinaria; la pena será de reclusión de cuatro a ocho años, cuando el hecho se produzca frente al enemigo; y de prisión menor, en los demás casos, en tiempo de guerra.

En el caso de que la consigna tuviera por objeto la seguridad de las fuerzas armadas, o de una parte de ellas, de plaza sitiada, de puesto militar, buque, embarcación, aeronave, máquina de guerra, parque de artillería, depósito de víveres, forrajes o de otros lugares u objetos afectados al servicio, se aplicará la pena de muerte, o reclusión por tiempo indeterminado, siempre que con la violación de consigna se hubiere realmente comprometido la seguridad o se hubiese impedido una operación militar.

En el caso de que esa consigna hubiere sido quebrantada o violada en tiempo de guerra, pero sin comprometer esa seguridad ni hubiere impedido operaciones militares, el hecho será reprimido con prisión o confinamiento.

Capítulo V

NEGLIGENCIA

Art. 736.— Será reprimido con reclusión por cuatro a ocho años, el militar que en guerra pierda la fuerza, plaza, puesto, o base aérea a sus órdenes, por no tomar las medidas preventivas o no solicitar con tiempo los recursos necesarios para la defensa, cuando le conste el peligro de ser atacado. Si el hecho se produjera combatiendo con enemigo rebeldes, la pena será de reclusión por tres a seis años. Quedará exento de pena si prueba que hizo en tiempo los pedidos y que no fueron provisios.

Art. 737.— Será reprimido con prisión mayor, el militar que por negligencia u omisión en el cumplimiento de sus deberes, cause perjuicios o trastornos graves en las operaciones de guerra.

Art. 738.— El militar a quien se encomendare la formación de planes o proyectos de construcción de buques, aeronaves, máquinas de guerra u otras obras, que por negligencia consigne en ellos errores que, independientemente del perjuicio en la obra misma, puedan llegar a producirlo de otro orden para el Estado, será reprimido con suspensión de empleo, destitución, o prisión, según la gravedad del hecho.

Art. 739.— Si el militar encargado de escoltar un convoy, se hubiere separado de éste, en todo o en parte, por efecto de su negligencia, será reprimido, en tiempo de guerra con prisión mayor, y en tiempo de paz, con prisión menor o sanción disciplinaria.

Art. 740.— El comandante en jefe o el jefe superior con mando independiente que pierda una acción de guerra por impericia o negligencia, será destituido en el primer caso, y condenado a reclusión o a prisión mayor, en el segundo.

Capítulo VI

INFRACCIONES DIVERSAS: EN EL MANDO.
EN COMISIONES O EN EL SERVICIO

Art. 741.— El militar con mando, que prolongue las hostilidades después de haber recibido la noticia oficial de haberse hecho la paz, tregua o armisticio, será condenado a reclusión por diez a quince años.

Art. 742.— Se impondrá prisión y destitución, o reclusión, a todo militar con mando de fuerzas;

1) cuando pudiendo atacar y combatir un enemigo inferior o destruir un convoy del mismo, no lo hiciere sin estar impedido por instrucciones especiales o por motivos graves;

2) cuando, sin ser obligado por fuerzas superiores o por razones legítimas, hubiere suspendido la persecución de un enemigo derrotado o desorganizado.

Art. 743.— Será condenado a reclusión, el militar que comprenda en capitulación por él estipulada, fuerzas o puestos que, aunque dependan de su mando, no sean de las tropas o lugares comprometidos por la operación o hecho de armas que ocasiona la capitulación.

Art. 744.— Los comandantes de buques, fuerzas aéreas, cuerpos o destacamentos, que provocaren, incitaren o dieren lugar a que sus inferiores obraren ofensivamente contra los del mismo u otro buque, fuerzas aéreas, cuerpo o destacamento, serán reprimidos con prisión de dos a cuatro años, si no resultan lesiones; y los inferiores que tomasen parte en la ofensa, o cuando éstos la promovieren o suscitaran entre sí, con la de prisión de uno a dos años, o con la de confinamiento, en su caso, por el mismo término.

Si resultaren muerte o lesiones, serán reprimidos con reclusión los primeros, y con prisión menor los segundos.

Art. 745.— El militar encargado de conservar o restablecer el orden público, que empleare o hiciese emplear las armas, sin causa justificada, o sin orden expresa para ello, o dejare de cumplir las formalidades expresadas en la ley, será condenado a prisión menor si no resulta delito a que corresponda pena más grave.

Art. 746.— Incurrirá en la pena de prisión mayor:

1) el que obligase a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los maltratase de obra, los injuriare groseramente o los privare del alimento necesario;

2) el que atacare sin necesidad, hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, colegios, cárceles o casas de agentes diplomáticos o de cónsules extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos;

3) el que destruyese templos, conventos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte, sin exigirlo las operaciones de la guerra;

4) el que de obra o de palabra ofendiere a un parlamentario.

Art. 747.— El militar que, en tiempo de paz, no preste el auxilio que le sea reclamado por el jefe de una fuerza comprometida o en peligro, pudiendo hacerlo, será reprimido con prisión y destitución. En tiempo de guerra, la pena será de reclusión hasta diez años.

Si a consecuencia de la falta de auxilio, en tiempo de guerra, se hubiere perdido o hubiere sido derrotada la fuerza que lo solicitó, se aplicará pena de muerte o reclusión por tiempo indeterminado.

En la misma pena incurrárá el oficial que dé lugar a la pérdida o derrota de su fuerza, por no solicitar el auxilio que se le habría podido prestar.

Art. 748.— Será condenado a muerte y degradado, o a reclusión por tiempo indeterminado y degradación, el militar que, teniendo los medios y la posibilidad de resistir, entregue por capitulación o rinda al enemigo extranjero, sin resistencia alguna, la tropa, buque, aeronave, plaza, base aérea o puesto cuyo mando tuviere o cuya defensa se le hubiere confiado. Si el enemigo fuere rebelde o sedicioso, la pena será de reclusión por cinco a quince años.

Art. 749.— Será condenado a muerte o reclusión por tiempo indeterminado el militar que, en presencia de enemigo extranjero, se retire o ceda el puesto cuya defensa o posesión se le hubiere confiado sin ser obligado a ello por fuerza superior. Si el enemigo fuere rebelde o sedicioso, la pena será de reclusión por tres a ocho años.

En las mismas penas incurrárá el que por cobardía se deje arrebatar por el enemigo un convoy de heridos, armas o municiones.

Art. 750.— Será condenado a muerte o a reclusión por tiempo indeterminado el militar encargado de una plaza, puesto o tropa, que contando con medios de defensa, se adhiere a la capitulación estipulada por otro militar con el enemigo extranjero, aunque dependa de aquél y haya recibido sus órdenes al respecto. Si la capitulación se hubiere estipulado con enemigo rebelde o sedicioso, la pena será de reclusión por tres a cinco años o prisión mayor.

Art. 751.— Será condenado a reclusión por tres a cinco años el militar que, combatiendo con un enemigo extranjero, se rinda o capitulo sin haber agotado las municiones o perdido los dos tercios del efectivo a sus órdenes. Si el enemigo fuere rebelde o sedicioso, la pena será de dos a cuatro años de prisión mayor.

Art. 752.— Incurrirán en las mismas responsabilidades penales, los que haciendo presión sobre sus jefes, hubieren provocado las infracciones a que se refieren los cuatro artículos precedentes, y también los que hubieren contribuido a ellas, con su opinión o consejo.

Art. 753.— Quedan exentos de toda responsabilidad penal los militares que capitulen o rindan las fuerzas a sus órdenes, obligados por una rebelión o por un motín que no hubieren podido dominar, a pesar de haber empleado todos los medios y recursos a su alcance.

Art. 754.— Será reprimido con reclusión hasta diez años, o prisión, el jefe de fuerzas, comandante o piloto, que en cualquier circunstancia de peligro abandonare o cediere el cargo, sin motivo justificado.

Art. 755.— Será reprimido con prisión el jefe de una unidad, fábrica, depósito o cualquier establecimiento o construcción militar, o afectada al servicio de las fuerzas armadas que, en caso de incendio, naufragio u otro siniestro, no adoptare todas las medidas a su alcance para limitar el daño.

Art. 756.— Será reprimido con prisión hasta cuatro años, el comandante que ocultare averías o deterioros en el material de guerra de las fuerzas de su mando, o en su armamento o mecanismos, cuando de ello pudiere resultar grave daño a las operaciones en tiempo de guerra.

El militar perteneciente a esas fuerzas, que ocultare a sus superiores dichas averías o deterioros en los elementos o material a su cargo, será reprimido con prisión menor.

Art. 757.— El militar que, pudiendo hacerlo, no preste la cooperación requerida por un juez instructor o tribunal militar, u obstruya sus funciones en las causas que instruyen o dé que conocen, será reprimido con sanción disciplinaria o con prisión.

Título VI

DELITOS CONTRA EL HONOR MILITAR

Art. 758.— Será reprimido con degradación, y reclusión o prisión hasta cinco años, el militar que públicamente ultrajare a la Nación o a cualquiera de sus símbolos.

La misma pena se aplicará al militar que públicamente agraviere a las fuerzas armadas de la Nación, o a cualquiera de sus institutos militares, armas, cuerpos o grados.

Art. 759.— El militar que en combate o en presencia del enemigo, vuelva la espalda y huya, o haga tales demostraciones de pánico que ponga a las tropas en peligro inminente de contagio, podrá ser muerto en el mismo instante, para castigo de su cobardía y ejemplo de los demás. La aeronave o formación aérea que en combate se aparte o huya del mismo, sin causa justificada, podrá ser atacada y destruida. Si los responsables escaparan al castigo en ese momento y fueren capturados después, se les aplicará la pena de muerte con degradación.

Los militares que desciendan en paracaídas para realizar una operación de guerra y no se incorporen inmediatamente al resto de la fuerza o de cualquier modo obstruyan el cumplimiento de la operación serán reprimidos con reclusión o con pena de muerte.

Art. 760.— El que habiendo incurrido en los artículos 758 o 759, vuelva a la acción y se conduzca en ella de una manera digna, será reprimido solamente con sanción disciplinaria; y quedará exento de toda sanción si diese pruebas de extraordinario valor, realizando algún acto herejico.

Art. 761.— Será destituido y reprimido con prisión hasta un año, el militar que, en señal de meneoprecio, devolviere despachos, nombramientos o diplomas militares o se despojare de su insignias.

Art. 762.— El militar que en tiempo de guerra y frente al enemigo, cause intencionalmente una falsa alarma, o introduzca confusión o desorden en las tropas, será reprimido con sanciones disciplinarias,

o con reclusión, o con muerte, según las circunstancias del caso y las consecuencias que el hecho haya tenido.

Art. 763.— El militar, que en una capitulación asegure para sí o para los oficiales, garantías o ventajas que no ha asegurado para la tropa, será reprimido con reclusión de tres a quince años.

Si el enemigo tuere rebeude o sedicioso, la pena será de dos a cuatro años de prisión mayor.

Art. 764.— El militar que se sustraiga del servicio con enfermedades o males supuestos, o que se valga para ello de cualquier otro medio fraudulento, será reprimido con arresto o con suspensión de empleo o con destitución.

En tiempo de guerra, la pena será de reclusión y degradación.

Art. 765.— El militar que practicare actos deshonestos con persona del mismo sexo dentro o fuera de lugar militar, será degradado y condenado a prisión, si fuere oficial; reprimido con prisión menor y destituido, si fuere suboficial o clase; y su fuero soldado será condenado a prisión menor.

El que ejerciere violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, para realizar el acto a que se refiere el párrafo anterior, será reprimido con degradación y reclusión de ocho a quince años, si es oficial; con reclusión de cinco a diez años y destitución, si fuere suboficial o clase; y, con prisión mayor si fuere soldado.

Art. 766.— El militar que cometiera cualquier otro de los actos deshonestos que afrontan a un hombre y rebajan su dignidad, será destituido si fuere oficial, y condenado a tres años de confinamiento si fuere suboficial, clase o tropa.

Art. 767.— Será reprimido con destitución o con confinamiento hasta dos años o con prisión menor, siempre que el hecho no constituya delito más grave:

- 1) el oficial que acepta su libertad bajo palabra de no hacer armas contra el enemigo que lo retiene prisionero;
- 2) el militar que mantenga correspondencia con enemigos, sobre asuntos particulares o familiares.

Exceptúase de esa disposición al que tenga necesariamente que mantenerla, por razón de su cargo militar y por circunstancia de guerra.

Art. 768.— El militar que se presentare embriagado o se embriague, o hiciere uso de estupefacientes, en el servicio de guardia, o en

cualesquier otro servicio con armas, siempre que no sea en los previstos en el art. 732, será reprimido con prisión hasta tres años.

Si el embriagado fuese jefe de puesto o de guardia, la pena será de prisión mayor si es oficial, y prisión menor si es suboficial o clase. En caso de reincidencia, serán destituidos.

Art. 769.— El militar que habitualmente no cumpla con sus obligaciones pecuniarias o se valga de ardides, artificios, cautelas, o combinaciones capciosas para pedir prestado dinero u otras cosas, será reprimido con destitución u otra sanción disciplinaria.

Art. 770.— Será reprimido con prisión menor el militar que calumniare o injuriare a otro de su mismo grado.

Art. 771.— Será destituido todo oficial:

- 1) que haya sufrido tres condenas por delito, impuestas por sentencia de consejo de guerra o por tribunales comunes;
- 2) que falte a la palabra de honor comprometida en acto público u oficial;
- 3) el que no empleare todos los medios a su alcance para impedir o frustrar un flagrante delito contra la disciplina cometido por un subalterno.

Título VII

INFIDELEZ EN EL SERVICIO

Art. 772.— Se reprimirá con prisión mayor o prisión menor, al militar que revelare el santo y seña, una orden reservada del servicio o cualquier secreto de que fuere depositario por razón de su empleo. Si del hecho resultase daño o perjuicio al servicio o si se produjera en tiempo de guerra, la pena será de reclusión por cuatro a ocho años, y si la revelación aprovechara al enemigo, se impondrá reclusión de seis a quince años.

Art. 773.— El militar que en tiempo de guerra recibiere encargo de trasmisitir una orden por escrito o cualquier otro despacho, y que voluntariamente lo hubiere abierto, o no lo hubiere entregado a la persona a quien iba dirigido, o que hallándose en peligro de ser sorprendido por los enemigos no hubiere intentado a toda costa destruirlo, será reprimido con la pena de muerte o la de reclusión por tiempo indeterminado, si por aquel hecho hubiere comprometido la seguridad del Estado, de las fuerzas armadas o de una parte de ellas. Si esto último no hubiese ocurrido, se le impondrá prisión mayor hasta cinco años.

Art. 774.— El militar a quien, en tiempo de paz, se comisionare para trasmisitir una orden o despacho cualquiera y lo hubiere abierto o perdido por no haberlo guardado cuidadosamente o si no lo entregare a la persona a quien iba dirigido, será reprimido con prisión.

Art. 775.— El militar que, pudiendo hacerlo, no lleve los pliegos que se le confiarén, sobre operaciones de guerra, será reprimido con prisión mayor, reclusión o muerte.

Art. 776.— El militar que, teniendo a su cargo la custodia de documentos, archivos, papeles o efectos sellados por la autoridad, violare los sellos, o consintiere en su violación, será reprimido con prisión.

Art. 777.— El militar que abriere o permitiere absir, sin autorización, papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviera confiada, será reprimido con prisión menor.

Art. 778.— Será reprimido con sanción disciplinaria o prisión, el

militar encargado de la construcción de obras militares, que se aparte de los planos o instrucciones a que debe sujetarse, perjudicando las condiciones de la obra o haciéndola más gravosa al Estado.

Art. 779.— En el caso en que la infracción a que se refiere el artículo anterior, procediera de impericia o negligencia, se aplicará sanción disciplinaria o prisión menor hasta un año.

Art. 780.— Los funcionarios o auxiliares de la justicia militar, así como toda autoridad militar, que extraviaren intencionalmente un sumario o actuaciones judiciales, serán reprimidos con prisión. Si ello se debiere a culpa o negligencia, con sanción disciplinaria.

Título VIII

INFRACCIONES REFERENTES A EMBARCACIONES Y AERONAVES *

Art. 781.— El militar que, en caso de temporal, varada, colisión, abordaje, naufragio, averías, aterrizaje forzoso, incendio u otros siniestros, con gritos u otras manifestaciones o actitudes, produjera pánico, desaliento o desorden a bordo, será reprimido con prisión mayor, reclusión, o muerte, según las circunstancias.

Art. 782.— Todo individuo de la tripulación de un buque o de una aeronave de las fuerzas armadas, que en el momento del siniestro, lo abandonare sin orden, o que después del siniestro se alejare de aquéllas sin autorización, será reprimido con prisión y destitución.

Art. 783.— El militar embarcado en un buque de las fuerzas armadas, o de un convoy, que en tiempo de guerra tuviere fuego o luces encendidas durante la noche, sin la debida autorización, será reprimido con prisión.

Si se hubiese encendido o descubierto el fuego o luz contra órdenes expresas, la pena será de reclusión o prisión mayor.

Art. 784.— El militar embarcado en un buque o aeronave de las fuerzas armadas o convoyado por éstos, que en tiempo de guerra violare disposiciones comunes contra incendio, colisión, explosión, inundación u otras destinadas a la seguridad de aquéllas, será reprimido con prisión hasta cuatro años.

Si contraviniere órdenes especialmente recibidas al efecto, la pena será de reclusión hasta ocho años. Igual pena se impondrá a los militares que cometan estas infracciones en los puertos, bases aéreas, arsenales u otros establecimientos militares, de modo que comprometan su seguridad.

Art. 785.— Se impondrá, en tiempo de guerra, siempre que de los hechos no resulte un delito más grave:

* El texto de esta denominación fue dado por ley 21.944, art. 1, del 22/2/1979. Boletín Oficial del 1/3/1979.

1) prisión menor al que destinado a la guardia de máquinas, aparatos de aeronavegación en general, cuidado de fuego o instrumentos destinados a la seguridad militar o náutica, descuida sus tareas resultando perjuicio por esta causa;

2) prisión mayor al que hace abandono de dichos servicios, a su cargo, sin ser debidamente relevado.

Art. 786.— El que sin autorización introdujere en buque o aeronave materias explosivas, inflamables o espirituosas, será reprimido con prisión menor cuando de ello no resultare daño, y con prisión mayor o reclusión, cuando éste se produzca.

Art. 787.— Al militar encargado de la custodia de buque o aeronave, o de la conducción de un convoy que, pudiendo defenderlo, lo entregare, rindiére o abandonare al enemigo, le serán impuestas las penas previstas por el art. 748.

Art. 788.— Al militar que, estando encargado de la escolta de buque, aeronave o convoy, lo abandonare, sin motivo poderoso y justificado, se le impondrá:

1) de ocho a quince años de reclusión, en tiempo de guerra, si el escañado fuera de la marina o aeronáutica militar, o convoy, buque o aeronave mercante, que transporte tropas, efectos militares, víveres, combustibles, pertrechos o caudales del Estado, y de resultas del abandono fuere apresado o destruido, por el enemigo, alguno de los buques o aeronaves;

2) de cuatro a ocho años de reclusión si, en las circunstancias del inciso anterior no fuere apresado ni destruido por el enemigo ninguno de los buques o aeronaves; si el convoy, buque o aeronave mercante apresado, no trasportare tropas ni efectos de los que expresa el mismo inciso; si, aunque sea en tiempo de paz, naufragare, o se perdiera por consecuencia del abandono, alguno de los buques o aeronaves, o perdiere toda o parte de su tripulación, o de las tropas de transporte;

3) prisión menor o sanción disciplinaria, en todos los demás casos.

Art. 789 *.— El oficial encargado de la derrota o navegador, o el piloto de un buque o aeronave militar o de un convoy, que mediante alguna operación, consejo o informe, de cualquier modo indujere en error al capitán o comandante, en perjuicio del servicio, será reprimido con prisión mayor.

En igual pena incurrirán los operadores de telecomunicaciones que indujeren en el error previsto en el párrafo anterior.

Si los hechos se produjeren por culpa, se impondrá prisión menor o sanción disciplinaria.

* Idem.

Art. 790.— El militar que embarca o permite embarcar meroaderías o pasajeros, sin orden o autorización, en un buque o aeronave de las fuerzas armadas, será reprimido con cuatro a ocho meses de prisión menor. Las mercaderías serán comisadas.

Art. 791.— El jefe de embarcación menor que, hallándose con ella en el agua en momentos de combate, naufragio o incendio, desampare el buque o el que se embarque sin orden de sus superiores, será reprimido con reclusión de cuatro a doce años, a no ser que justificare que obró violentado, en cuyo caso se impondrá dicha pena a los que hubieren ejercido la violencia.

Art. 792 *.— Todo militar que, deliberadamente, ocasionare la pérdida de un buque o aeronave militar, será condenado a reclusión por tiempo indeterminado. Si el hecho se produjere en tiempo de guerra, la pena será de degradación y muerte.

Cuando la pérdida tuviere lugar por culpa, se impondrá prisión, o suspensión de empleo, no inferior a dos meses o confinamiento.

Se consideran buques o aeronaves perdidas los que están inutilizados, en forma absoluta, para prestar cualquiera de los servicios a que pudieron ser destinados.

Art. 793 *.— El militar que destruyere o perdiere embarcaciones menores militares, será reprimido con destitución y prisión hasta cinco años.

Si el hecho se produjere por culpa, la sanción será de suspensión de empleo, por dos a cuatro meses, o confinamiento hasta un año.

Art. 794 *.— El militar que causare deliberadamente a un buque militar o a una aeronave militar, averías de que no resultare pérdida, será reprimido en tiempo de paz, con prisión menor y destitución, y en tiempo de guerra, con prisión mayor o reclusión.

Si las averías tuvieren lugar por culpa, la sanción será de suspensión de empleo o confinamiento hasta un año, en el primer caso, y prisión menor o destitución, en el segundo.

* Idem.

* Texto según ley 21.944, art. 2, del 22/2/1979, Boletín Oficial del 1/3/1979.

Si las averías se produjeren por abordaje y el abordado fuere buque o aeronave mercante; la sanción, será de suspensión de mando, si el culpable fuere oficial, y de arresto o confinamiento u otra sanción disciplinaria, si fuere suboficial, clase o tropa.

Art. 795.— Al jefe de escuadra, fuerza naval o buque suelto y al comandante de aeronave o formación aérea que, sin causa justificada, se aparte del derrotero que expresamente designen las instrucciones del superior, se le impondrá suspensión de mando por el máximo de la sanción.

Art. 796.— Si el hecho a que se refiere el artículo anterior, hubiera sido causa de cualquier perjuicio a los buques, aeronaves o formación aérea o de entorpecimiento dañoso a las operaciones, el culpable será reprimido con prisión menor. En tiempo de guerra la pena será de prisión y destitución, y si a consecuencia de la infracción se hubiere producido pérdida o apresamiento del buque, se impondrá reclusión por cuatro a diez años.

Art. 797.— Incurrirá en las mismas penas de los dos artículos anteriores:

1) el piloto u oficial que varie el rumbo ordenado por el comandante;

2) el comandante que entre a puerto o rada sin observar estrictamente los reglamentos de navegación o sin tomar todas las medidas o precauciones necesarias para evitar cualquier colisión, choque o abordaje;

3) el comandante que navegando, en escuadra o en conserva, se aparte sin orden del superior; o que, habiéndose separado con causa legítima, no se incorpore tan pronto como las circunstancias se lo permitan. Cuando la separación se produce frente al enemigo y sin motivo justificado, se reprimirá con reclusión o con pena de muerte, cualquiera que sean las consecuencias de ella;

4) el comandante que, sin necesidad ni orden, haga arribadas contrarias a sus instrucciones.

Art. 798 *.— Será condenado a prisión y destitución, el militar que, pudiendo hacerlo, no preste en caso de peligro, el auxilio pedido por buques o aeronaves militares, por buques o aeronaves mercantes de la matrícula nacional o de país amigo o por buque enemigo que haga promesa de rendirse, o no colabore en su búsqueda o salvamento.

* Idem.

La pena será de reclusión o muerte, si, por falta de auxilio pedido, se perdiera un buque o aeronave militar o mercante de matrícula nacional.

Art. 799.— Incurrirá en las penas del artículo anterior, el comandante que dé lugar a la pérdida o avería de su buque, por no solicitar un auxilio que se le hubiera podido prestar.

Art. 800.— Será condenado a prisión, reclusión o muerte:

1) el comandante que en el combate o por evitar fuerzas notoriamente superiores del enemigo, se viere obligado a varar su buque y no lo inutilizaré, después de haber agotado todos los recursos para defendiendo y salvar la tripulación;

2) el comandante que abandonare su buque varado, mientras hubiere probabilidades de salvarlo; o que, considerando inevitable el naufragio, no agotare todas las medidas para salvar a la tripulación, transportes, armas, pertrechos, municiones, bagajes, caudales del Estado, correspondencia oficial, etcétera;

3) el comandante que, en caso de salvajaje, no agotare todos los medios a su alcance para conservar en su tropa la más estricta disciplina, o no embarcare a los oficiales conjuntamente con la tropa, en las lanchas disponibles;

4) el comandante que, en caso de naufragio, hiciere abandono del buque, cuando estuviere en condiciones de flotabilidad y haya probabilidades de salvarlo.

Art. 801.— El comandante de un buque o embarcación de la armada, que, llegado el caso de abandonarlo no procurare ser el último en efectuarlo, será reprimido con prisión y destitución.

Art. 802.— Los oficiales de la dotación de un buque de la armada que, en el caso del artículo anterior, se salven utilizando elementos a bordo y haciendo abandono de la tripulación en el buque naufragio, serán reprimidos con prisión y destitución, en tiempo de paz; y con reclusión por cuatro a ocho años y degradación, en tiempo de guerra.

Art. 803.— Será reprimido con prisión hasta cuatro años, el comandante que ocultare averías o deterioros en el buque o aeronave de su mando, o en el armamento o mecanismos de los mismos, cuando de ello pudiere resultar grave daño para su empleo.

El militar perteneciente al buque o a la aeronave, que ocultare a sus superiores dichas averías o deterioros, en los elementos o material a su cargo, será reprimido con prisión menor.

Art. 804.— Será reprimido con arresto o suspensión de empleo o destitución, el comandante que emprenda viaje sin portrechar debidamente su buque o aeronave, o sin reparar cualquier avería o deterioro en el armamento de aquéllos. Las mismas sanciones se aplicarán al superior que ordenare emprender viaje al comandante de buque o aeronave, sabiendo que éstas se hallan en esa situación.

Art. 805.— Si a consecuencia de las omisiones a que se refiere el artículo anterior, el buque o aeronave sufriren durante el viaje daño de mayor consideración, se perdieren, fueren apresados por el enemigo, o no pudieren desempeñar en la oportunidad debida, una operación de guerra necesaria, la pena será de prisión, o reclusión hasta ocho años.

Art. 806.— El comandante que, sin autorización superior, hiciere reformas en la distribución interior del buque, en su arboladura, en la máquina o en la disposición de su armamento, será reprimido con arresto o suspensión de empleo por tres a nueve meses, o con destitución.

Si a consecuencia de las reformas se hubieren perjudicado las condiciones marineras del buque o sus condiciones defensivas u ofensivas, la pena será de prisión mayor, o de reclusión hasta seis años. En tiempo de guerra se impondrá reclusión hasta quince años.

Art. 807.— Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior, el oficial encargado de inspeccionar o vigilar la construcción o carena de un buque, que consintiere que se hagan sin autorización superior, reformas u obras que no estuvieren en los planos aprobados y mandados ejecutar.

Art. 808.— Todo jefe de escuadra, fuerza naval o buque suelto, que encontrándose fondeado o amarrado, o navegando, a quien el enemigo sorprendiere sin tener sus máquinas propulsoras listas, o sin haber tomado todas las precauciones defensivas necesarias, será sancionado con suspensión de empleo o destitución. Si por esa negligencia, los buques sufriren averías de importancia o fueren aprehendidos, sumergidos, incendiados o volados, la pena será de prisión mayor, reclusión o muerte.

Art. 809.— Todo individuo de la tripulación de un buque o aeronave de guerra, que produjere deliberadamente, cualquier desperfecto o deterioro en la máquina o en el armamento de los mismos, será reprimido con prisión, reclusión o muerte, si el hecho se produjere en tiempo de guerra.

En tiempo de paz, se aplicará sanción disciplinaria o prisión.

Art. 810.— Todo oficial que abriere un pliego cerrado, antes de la fecha o del lugar señalado en las instrucciones, será sancionado con suspensión de empleo, por tres meses a un año, y en tiempo de guerra, será destituido.

Art. 811.— Será reprimido con sanción disciplinaria:

1) el comandante de la aeronave o formación aérea que realice un aterrizaje sin observar los reglamentos del aeropuerto;

2) el comandante de la aeronave o formación aérea que realice aterrizajes no ordenados, salvo que sean arribada forzosa. Si en los casos a que se refiere el párrafo anterior, se hubiere producido daño, la sanción será de destitución.

Título IX

*INFRACCIONES COMETIDAS POR PERSONAL CIVIL
DE BUQUES O AERONAVES MERCANTES*

Art. 812.— Será reprimido con inhabilitación absoluta, perpetua y prisión, o reclusión por tiempo indeterminado, el comandante o piloto de nave o aeronave mercante, que formando parte de un convoy bajo escolta o dirección militares ocasionare la pérdida, encalladura o avería de su nave.

Cuando los hechos previstos en el párrafo precedente se ocasionaren por culpa, la pena será de prisión.

Si se hubiese separado, sin causa justificada, del convoy de que hacía parte, se le impondrá prisión.

Si ha desobedecido órdenes o señales del comandante del convoy, será reprimido con prisión menor hasta un año.

Art. 813.— El comandante o piloto de nave o aeronave mercante, a quien se encargare la conducción de naves o aeronaves militares o civiles en convoy, bajo escolta, o dirección militar, que rehuyere, omitiere o retardare la prestación de servicios requerida, en tiempo de paz, será reprimido con prisión menor; y, en tiempo de guerra, con prisión mayor; frente al enemigo, con reclusión hasta diez años.

Art. 814.— Todo comandante o piloto de nave o aeronave mercante argentina que, rehusare prestar ayuda o no colabore en la búsqueda o salvamento de buque o aeronave militar en peligro, será reprimido con prisión hasta tres años. Si por falta del auxilio pedido, se perdriere un buque o aeronave militar la pena será de reclusión hasta diez años.

Art. 815.— Al civil que embarcare o permitiere embarcar mercaderías o pasajeros, sin orden o autorización, en una nave o aeronave militar o convoyada por las fuerzas armadas, se le impondrá prisión hasta seis meses.

Art. 816.— Será reprimido con prisión hasta dos años, el comandante o piloto de nave o aeronave civil que, formando parte de un convoy bajo escolta o dirección militar, hiciere abandono de su puesto durante su servicio, sin causa justificada.

Art. 817.— Será reprimido con prisión hasta seis años, el jefe de navegación, oficial de derrota, piloto o baqueano de un buque o aeronave civil, que formando parte de un convoy bajo escolta o dirección militar, mediante alguna operación, consejo o informe, de cualquier modo indujere en error al comandante militar, en perjuicio del servicio.

Si los hechos se produjeren por culpa, la pena será de prisión hasta dos años.

Art. 818.— Todo individuo embarcado, o miembro de la tripulación de un buque o aeronave mercante que, en tiempo de guerra formare parte de un convoy o se hallare en el cumplimiento de una misión militar, tuviere fuego o luces encendidas durante la noche, sin la debida autorización, o violare disposiciones comunes contra incendio, colisión, explosión, inundación, u otras destinadas a la seguridad del buque o aeronave, será reprimido con prisión hasta cuatro años.

Si la infracción se cometiere violando órdenes expresas, la pena será de reclusión hasta ocho años.

Igual pena se impondrá a quienes cometan dichas infracciones, en puertos, bases aéreas, arsenales u otros establecimientos militares, de modo que comprometan su seguridad.

Art. 819.— Todo individuo de la tripulación de un buque o aeronave mercante que, en tiempo de guerra, formando parte de un convoy o hallándose en el cumplimiento de una misión militar, produjere, deliberadamente, desperfectos o deterioros en la máquina o en el armamento de aquéllos, será reprimido con prisión, o reclusión hasta diez años, y con reclusión o muerte, si produjere la pérdida de la nave o aeronave.

Título X

MUTILACIONES Y SUSTRACCIÓN AL SERVICIO

Art. 820.— El que se mutilare, o de cualquier otra manera causare su incapacidad física, con el fin de astraerse al cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley de defensa nacional o su compromiso de servicios, y el que se haga inutilizar por otro, será reprimido con prisión hasta cuatro años.

La misma pena se impondrá al que inutilizare a otro con el fin indicado, salvo que con ello cometiere un delito más grave.

El conato será reprimido con seis meses de prisión menor.

En las mismas penas incurrirá el militar que incitare o ayudare a los ciudadanos al no cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley de defensa nacional o su compromiso de servicios.

Si el autor de dicha infracción fuere civil, la pena será de prisión hasta dos años.

Título XI

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo I

EXACCIONES ILEGALES

Art. 821.— El militar que, con violencia o amenazas, obligare a cualquier persona a hacer o dejar de hacer alguna cosa, con el objeto de procurar, para sí o para otro, un beneficio ilícito de carácter patrimonial, será reprimido con prisión mayor.

Art. 822.— Se reprimirá con prisión al militar que, por sí o por interposta persona, con fines de lucro personal, cobrare contribuciones de guerra o contribuciones forzosas, sin autorización para ello; y al que, teniendo esa autorización, se excediere, con el mismo fin, en sus facultades.

Art. 823.— Si los hechos a que se refiere el artículo anterior, no se hubieren cometido con propósito de beneficio personal, sino público, la pena será de prisión menor hasta ocho meses.

Capítulo II

DISPOSICIÓN INDEBIDA DE OBJETOS Y PRENDAS MILITARES

Art. 824.— Será reprimido con prisión hasta tres años, el militar que enajenare, pignorare, abandonare, destruyere, inutilizare, o de cualquier modo privare al Estado de disponer, aunque fuere temporalmente, de alguno de los elementos integrantes del armamento militar, animales u otros elementos de transporte, instrumentos u objetos de navegación, que le hayan sido provistos.

Si con cualquiera de estos actos se hubiere perjudicado el servicio, la sanción será de prisión mayor o de confinamiento.

En tiempo de guerra, se aplicará reclusión o pena de muerte, cuando los referidos actos hubieren estorbado o dificultado una operación de guerra, o debilitado los medios de acción o de defensa de la Nación.

Art. 825.— Será reprimido con prisión menor hasta seis meses, el militar que ejecutare los hechos previstos por el artículo precedente, con prendas del vestuario o equipo, que le hayan sido provistas como complemento de su uniforme, o útiles para su uso personal en la instrucción o en el servicio.

Si el perjuicio sufrido por el Estado, fuere de mínima importancia, de acuerdo con las normas que establezcan los reglamentos, se impondrá sólo la sanción disciplinaria que éstos consignen.

Art. 826.— Todo individuo que a sabiendas adquiera, empeñe u oculte cualquiera de los objetos a que se refieren los dos artículos precedentes será condenado con prisión hasta dos años, en tiempo de paz, y con reclusión hasta diez años, en tiempo de guerra.

Capítulo III

DAÑO, INCENDIO Y OTROS ESTRAGOS

Art. 827.— El militar que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare documentos, bienes muebles, o inmuebles del Estado que tengan relación o estén afectados a la defensa del país o al servicio de las fuerzas armadas, será reprimido con prisión, o reclusión hasta quince años.

Art. 828.— Si los hechos a que se refiere el artículo precedente fueren cometidos mediante incendio, explosión, inundación, hundimiento o cualquier otro medio capaz de causar estrago, la pena será de reclusión por tiempo determinado; si como consecuencia del hecho resultare el fallecimiento de alguna persona, la pena será de reclusión por tiempo indeterminado o muerte.

Art. 829.— Si los hechos a que se refieren los dos artículos precedentes hubieren comprometido la preparación o la capacidad bélica de la Nación, la pena será de reclusión por tiempo indeterminado y degradación, o muerte y degradación.

Art. 830.— Si los hechos a que se refiere este capítulo, se produjeren por culpa, se impondrá sanción disciplinaria o prisión menor, en el caso del art. 827 y prisión mayor, en los casos de los arts. 828 y 829.

Art. 831.— El que fuere sorprendido con explosivos o preparativos, evidentemente destinados a incendiar o causar algunos de los estragos indicados en este capítulo, será reprimido con prisión, o con reclusión hasta quince años.

Título XII DELITOS EN EL DESEMPEÑO DE CARGOS

Capítulo I

PREVARICATO, DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA

Art. 832.— Cometan prevaricato los que formando parte de un tribunal militar o desempeñando en cualquier otra función de justicia militar:

- 1) expidieren maliciosamente sentencia o resolución injusta, o violaren a sabiendas las leyes de procedimientos y las que determinan el orden de las jurisdicciones;
- 2) citaren hechos o resoluciones falsas;
- 3) fundasen sus fallos en leyes supuestas o derogadas;
- 4) se negaren, maliciosamente, a administrar justicia, después de requeridos por las partes y del vencimiento de los términos señalados por las leyes;
- 5) se negaren maliciosamente a juzgar bajo pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

Art. 833.—Cometen, también, prevaricato.

- 1) los que desempeñando las funciones de fiscales, auditores y jueces de instrucción, faltaren maliciosamente a sus deberes en favor o en contra de los procesados;
- 2) los que ejerciendo el cargo de defensores, maliciosamente porjudicaren al procesado o descubrieren sus revelaciones.

En el caso del inc. 1, se impondrá destitución e inhabilitación absoluta perpetua para ocupar cargos judiciales, y en el caso del inc. 2, suspensión de empleo o arresto.

Capítulo II

COHECHO

Art. 834.— El militar que, en ejercicio de funciones judiciales, administrativas o sanitarias, por si o por interpósito persona, hubiere recibido o aceptado promesas para ejecutar o dejar de ejecutar algún acto, será reprimido, en el caso de ser el acto justo, con destitución si fuese oficial, y con arresto hasta tres meses, su fuere suboficial, clase o tropa.

Art. 835.— En los casos expresados en el artículo anterior, si el acto ejecutado o no ejecutado fuera injusto, el culpable será reprimido con prisión mayor de dos a cinco años, salvo lo establecido por los art. 844, inc. 2, y 845 de este Código.

Art. 836.— Si el cohecho ha tenido por objeto favorecer o perjudicar al acusado de algún delito, el militar revestido de funciones judiciales o empleado en los servicios de justicia militar, será reprimido con reclusión de cuatro a doce años.

Art. 837.— Si por efecto del cohecho, se hubiere impuesto pena superior a la de reclusión por doce años, se impondrá la misma pena al culpable del cohecho, con excepción de la de muerte, que se consumará por la de reclusión por tiempo indeterminado.

Si la sentencia no se hubiere llevado a efecto, se rebajará la pena que corresponde al autor del cohecho, de un tercio a la mitad.

Los militares autores del cohecho, serán reprimidos con la pena fijada para los militares cohechados.

Art. 838.— La tentativa de cohecho será reprimida con prisión menor.

En ningún caso se entregará al autor del cohecho los objetos que hubiese dado, ni su valor; si existieren, se confiscarán y se les dará el destino que señale la autoridad militar.

Título XIII

OMISIONES, DEFRAUDACIONES Y MALVERSACIONES EN LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

Cápitulo I

OMISIONES

Art. 839.— El militar, a quien corresponda proveer a las tropas de los elementos de guerra y abastecimientos necesarios, y que intencionalmente o por negligencia, no lo hiciere, o lo hiciere pasada la oportunidad en que debió haberlo hecho, será reprimido:

1) con muerte o reclusión, si el hecho tuviere lugar en tiempo de guerra y fuere la causa única o principal de la derrota, capitulación o entrega de las fuerzas militares;

2) con prisión y destitución, cuando el hecho se produjere en tiempo de guerra, y no se tratare de los casos a que se refiere el inciso anterior.

Art. 840.— En tiempo de paz, el militar que incurriere en las omisiones previstas en el artículo anterior, será reprimido con prisión menor y destitución, si la omisión fuere intencional; y con destitución u otra sanción disciplinaria, si la misma se debiere a su culpa o negligencia.

Art. 841.— El militar, en el ramo de susistencia o de sanidad, que incurriere en negligencia grave que perjudicara el servicio o la salud de las tropas o del ganado, así como todo jefe que teniendo noticia de esa negligencia dañosa para las tropas, ganado, o servicios a sus órdenes, no la subsanare de inmediato, o no denunciaré el hecho a la autoridad que pudiere subsanarlo, será reprimido con prisión menor y destitución.

Si a la negligencia se une el propósito de realizar un beneficio ilícito, se impondrá prisión mayor.

Si de dicha negligencia resultara enfermedad grave o muerte de personal militar, la pena será de prisión mayor en el primer caso, y de reclusión hasta quince años en el segundo.

Art. 842.— Al que, por negligencia, dejare que se deterioren las provisiones o el material de guerra puesto a su cuidado, se le impondrá prisión menor, sin perjuicio del cargo, por el daño resultante.

Si el perjuicio sufrido por el Estado, fuere de mínima importancia, de acuerdo con las normas que establezcan los reglamentos, se le impondrá sanción disciplinaria sin perjuicio del cargo correspondiente.

Capítulo II

DEFRAUDACIÓN MILITAR

Art. 843.— Cometé defraudación militar, el militar que teniendo en su poder, por razón de su empleo, dinero, títulos de crédito o cualquier efecto mueble perteneciente al Estado, los distrajere de sus legales aplicaciones en provecho propio o en el ajeno.

Art. 844.— Se considera, particularmente, autor de defraudación militar:

1) el que enajenare o empleare en provecho propio, los sueldos, víveres o forrajes, cuya guarda o distribución le estuviere confiada;

2) el que en contrato con proveedores, por dádivas, regalos o promesas, favoreciere a uno de ellos;

3) el que con miras interesadas, presentare cuentas inexactas, sobre los gastos del servicio;

4) el que hubiere obrado fraudulentamente respecto de la naturaleza, calidad o cantidad de trabajos, mano de obra o provisiones destinadas al uso militar;

5) el que a título personal, haya hecho algún tráfico u operación mercantil, con fondos pertenecientes a la administración militar;

6) el encargado de funciones administrativas, que abiertamente o con actos simulados o por medio de una tercera persona, se interessare particularmente en la adjudicación de las licitaciones u otros actos de la administración militar, en las que hubiere tenido alguna intervención;

7) el que teniendo a su cargo un expediente de suministros, construcciones, obras u otros servicios, no lo formare con estricta sujeción a los justificativos o documentos de comprobación que se requieran, con arreglo a las disposiciones que se hallaren en vigencia;

8) el que firmare o autorizare orden, libramiento o cualquier otro documento de pago o de crédito, extendido personalmente o por quienes se hallaren a sus órdenes y que difiere notablemente de lo que arroje su liquidación o ajuste correspondiente;

9) el que, sin autorización y en vista de un beneficio, cambiare las monedas o valores que hubiere recibido, con otras monedas o valores distintos.

Art. 845.— La defraudación militar se reprimirá con prisión mayor

o con reclusión hasta diez años, e inhabilitación absoluta perpetua, sin perjuicio de lo establecido por el art. 590.

En tiempo de guerra, se impondrá muerte, reclusión o prisión mayor e inhabilitación absoluta perpetua.

Art. 846.— Incurrirán en las penas del artículo anterior, los militares que tuvieran a su cargo la administración o guarda de dineros o efectos pertenecientes a militares, en razón del desempeño de funciones del servicio, en forma general y permanente, y que le hubieren sido confiadas por resolución de sus superiores o por los reglamentos en vigencia, cuando los distrajeren en provecho propio o en el ajeno.

Art. 847.— Será reprimido con prisión menor y destitución, o sanción disciplinaria, el militar que, por imprudencia o negligencia, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, diere ocasión a que se efectuare, por otra persona, la sustracción de cuadras o efectos de que se trata en el presente capítulo.

Art. 848.— El militar encargado de los servicios de correspondencia que, de cualquier manera, se apropiare o distrajere, en provecho propio o en el ajeno, con perjuicio para la administración militar o de militares, de dinero, giros, valores o efectos contenidos en las piezas postales o encomiendas, de las que ha entrado en posesión por razón del servicio, será reprimido con prisión y destitución.

Art. 849.— Las sanciones que corresponda imponer por los hechos previstos en este capítulo serán disminuidas de un tercio a la mitad, si los dineros o fondos obtenidos por el delito e indebidamente sustraídos, fueran devueltos voluntariamente antes de haber sido citado, el responsable, a prestar declaración. La pena de muerte será sustituida por la de reclusión por tiempo indeterminado y esta última por la de veinticinco años de la misma pena.

Capítulo III

MALVERSACION

Art. 850.— Al militar que diere a los caudales o efectos que administrare, una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, se le impondrá sanción disciplinaria. Si de ello resultare daño o perjuicio del servicio, a que estuvieren destinados, se le impondrá prisión menor de uno a seis meses y destitución, o sanción

Título XIV

FALSEDADES

Capítulo I

FALSEDAD EN LA ADMINISTRACIÓN O EN EL SERVICIO MILITAR

Art. 851.— Será reprimido con prisión, el militar:

1) que falsificare dolosamente, estados, relaciones, diarios, libros o cualquier otro documento militar, aumentando los efectivos, número de hombres, ganado, o los días que se estuvieren adeudando, exagerando el consumo o dando informes falsos, o cometiendo cualquier otra falsoedad en materia de administración militar, por efecto de la que pudiere causar algún perjuicio al Estado;

2) que, dolosamente, falsificare actuaciones de algún procedimiento penal militar, libros de registros, asientos de regimiento o compañía, licencia, baja, guías o itinerarios, o diere a los superiores, informes, o expediere certificados falsos, sobre cualquier objeto del servicio militar;

3) que no siendo responsable de la falsoedad a que se refieren los dos incisos anteriores, hubiere hecho uso de documentos falsos, sabiendo que lo eran;

4) que se apropiare o hiciere uso de baja, pasaporte, licencia o cualquier otro documento que no le pertenezca, aunque no sea falso;

5) que en perjuicio de lo que debiere suministrar a buques, aeronaves, cuerpos, o personal militar, hiciere uso de pesas o medidas falsas;

6) que falsificare sellos de alguna autoridad u oficina militar, destinados a ser utilizados en documentos relativos al servicio militar, o, a servir de signo distintivo de objetos pertenecientes a las instituciones armadas;

7) que hiciere uso de sellos, marcas o cuños falsificados, sabiendo que lo son.

Art. 852.— El facultativo militar, que en el ejercicio de sus funciones, diere informes o certificara falsamente, o encubriera la existencia de cualquier enfermedad o lesión, o que exagerare o atenuare la gravedad de la afección que realmente sufre o sufre cualquier militar en

servicio, será reprimido con prisión menor por cuatro meses a un año, salvo las mayores penas en que hubiere incurrido, si hubiere mediado cohecho.

Art. 853.— Al militar que, en perjuicio del Estado o de militares, hiciere fraudulentemente uso de sellos, marcas o cuños verdaderos, de naturaleza de los indicados en los incs. 6 y 7 del art. 851 y destinados a algunas de las aplicaciones expresadas en los mismos, se le impondrá prisión menor hasta un año, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales en que hubiere incurrido por los actos ejecutados.

Art. 854.— En los casos de los tres artículos precedentes, los tribunales militares podrán aplicar la destitución, además de las penas que aquéllos establecen.

Capítulo II

FALSIFICACIÓN, OCULTACIÓN, SUSTRACCIÓN O DESTRUCCIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS U OFICIALES

Art. 855.— Será reprimido con prisión mayor, o con reclusión por tres a seis años, el militar que en documentos públicos o emanados de autoridad competente abusando de su cargo, cometiere falsedad, de modo que pudiere resultar perjuicio:

- 1) contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica;
- 2) suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido;
- 3) atribuyendo a los que han intervenido en él, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho;
- 4) faltando a la verdad en la narración de los hechos;
- 5) alterando las fechas verdaderas;
- 6) haciendo en documento verdadero cualquier alteración o interpolación que varíe su sentido;
- 7) dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, manifestando en ella cosa contraria o diferente de lo que contenga el original;
- 8) ocultando, sustrayendo o destruyendo, con perjuicio del Estado o de un particular, cualquier documento oficial.

Capítulo III

OTRAS FALSEDADES

Art. 856.— El que de cualquier modo no especificado en el presente título, simule, suponga, altere u oculte maliciosamente la verdad, con perjuicio del servicio o de terceros, por palabras, escritos o hechos será reprimido con prisión menor, de cuatro meses a un año.

Art. 857.— En la misma pena del artículo anterior incurrá el militar que presente al superior queja o agravio, fundado en asseveraciones o imputaciones notoriamente falsas.

Capítulo IV

USURPACIÓN DE CONDECORACIONES, DE UNIFORMES, DISTINTIVOS E INSIGNIAS MILITARES

Art. 858.— El militar que use públicamente uniformes, distintivos, insignias militares, medallas o condecoraciones que no le pertenezcan, será reprimido con prisión menor, por cuatro meses a un año.

La misma pena se impondrá a cualquier militar que hiciere uso de condecoraciones, medallas o insignias extranjeras, sin permiso de la autoridad competente.

Art. 859.— El particular que incurra en los hechos previstos en el primer párrafo del artículo anterior, será reprimido con prisión hasta dos años.

Título XV

EVASIÓN DE PRESOS Y DE PRISIONEROS

Art. 860.— Al que se encontrare cumpliendo pena privativa de libertad, por condena impuesta por tribunal militar y se fugare, se le impondrá un aumento de la cuarta parte de la pena que le hubiere sido aplicada.

Si la fuga se ejecutare con violencia en las personas, fuerza en las cosas, excavación o escalamiento, la pena será aumentada en un tercio, siempre que con ello el culpable no hubiere incurrido en delito más grave, en cuyo caso, la evasión será considerada circunstancia agravante de este último.

Art. 861.— Si la pena que cumplía el evadido fuere la de reclusión por tiempo indeterminado, no se le contará el tiempo transcurrido, a los efectos señalados en el art. 534.

Art. 862.— El militar que pusiere en libertad, procurare o favoreciere la evasión de algún preso, puesto bajo su custodia, será reprimido con reclusión hasta ocho años.

Art. 863.— El militar que por cualquier medio, procurare, favoreciere o gestionare la fuga de presos militares, no sometidos a su custodia, será reprimido con:

1) prisión mayor hasta cuatro años, si el evadido estuviere procesado o condenado por delito reprimido con muerte o con reclusión por tiempo indeterminado;

2) prisión menor de uno a dos años, si estuviere procesado o condenado por delito cuya pena sea la de reclusión por tiempo determinado, o prisión;

3) en todos los demás casos, la pena será de prisión menor hasta seis meses o suspensión de empleo, o destitución.

Art. 864.— El culpable de evasión de prisioneros de guerra será reprimido con reclusión hasta ocho años, salvo el caso determinado en el inc. 17 del art. 622.

Art. 865.— Si la evasión tuviere lugar con violencia en las personas, fuerza en las cosas, excavación o escalamiento, el militar o militares culpables de complicidad en el hecho, serán reprimidos con el máximo de las penas establecidas en los artículos precedentes.

Art. 866.— Si la fuga de presos o de prisioneros de guerra, tuviere lugar por negligencia del personal militar encargado de su vigilancia, custodia o conducción, se impondrá destitución u otra sanción disciplinaria, en el primer caso, y prisión menor, en el último.

Título XVI

DELITOS COMETIDOS POR PRISIONEROS DE GUERRA

Art. 867.— Los prisioneros de guerra que incurran en alguno de los delitos previstos por este Código, serán juzgados con arreglo a sus disposiciones.

Art. 868.— Serán reprimidos con muerte, o con reclusión por tiempo indeterminado, los oficiales prisioneros de guerra, puestos en libertad bajo promesa de no volver a la lucha, que fueren tomados con las armas en la mano.

Art. 869.— En caso de sublevación o de motín de prisioneros de guerra, éstos serán reprimidos:

- 1) los actores principales, con pena de muerte;
- 2) los cómplices, con reclusión.

Título XVII

DELITOS COMUNES

Capítulo I

NORMA GENERAL

Art. 870.— Los delitos por violación de la ley penal común o de una ley especial, en los casos sometidos a la jurisdicción militar, serán reprimidos con arreglo a las disposiciones del Código Penal o de la ley especial violada, salvo las modificaciones establecidas en el capítulo siguiente.

Cuando un mismo delito estuviere previsto, a la vez por este Código y por el Código Penal, o por las leyes especiales de la Nación, y fuere sancionado con distintas penas, los tribunales militares aplicarán las disposiciones legales que impongan la pena mayor o más grave.

Capítulo II

ROBO Y HURTO

Art. 871.— En la aplicación de las penas por robo y hurto, los tribunales militares considerarán especialmente como circunstancias agravantes, las siguientes:

- 1) ejecutarlo estando de centinela, hallándose de salvaguardia o en el desempeño de otra comisión o servicio;
- 2) recaer sobre armas, pólvora, municiones u otro efecto militar;
- 3) recaer sobre objetos destinados al culto, siempre que el delito se efectuase en un templo o lugar sagrado;
- 4) cometerlo frente al enemigo;
- 5) cometerlo en domicilio particular donde el agente se hallase alojado por orden superior;
- 6) ejecutarlo en objeto salvado de la guerra, del fuego, de la inundación o del naufragio y en los momentos de ser salvados;
- 7) ejecutarlo en la persona de un herido, o prisionero de guerra, o en la de alguno de los individuos de un buque o seronave apresados, en convoy, o sometido a la visita;
- 8) ejecutarlo en vestidos o efectos de los muertos en combate;

- 9) cometerlo en campaña y en perjuicio de un vivandero o comerciante, que trafique con el ejército;
- 10) cometerlo en perjuicio del erario público o de las administraciones de los cuerpos militares;
- 11) cometerlo en objetos y a bordo de una presa cuando ésta no ha sido todavía declarada tal;
- 12) sustraer o destruir fraudulentemente papeles de a bordo de un buque o aeronave detenido o capturado.

Título final

ACLARACIONES PARA LA APLICACIÓN DE ESTE CÓDIGO Y DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 872.— La expresión "militar" comprende todas las personas que, de acuerdo con las leyes orgánicas del ejército, la marina y la aeronáutica, tienen estado, empleo o asimilación militar.

Dicha expresión, comprende asimismo a las personas que, conforme a las mismas leyes, formen parte de las reservas de las fuerzas armadas, mientras se hallen prestando servicio.

La Gendarmería Nacional, así como todo otro cuerpo militarizado que, por sus leyes orgánicas o estatutos, se hallen sometidos a la jurisdicción militar, se considerarán, en cuanto este Código les fuere aplicable, como integrantes de la fuerza armada que fije su estatuto o ley orgánica.

Art. 873.— A los efectos de la aplicación de la presente ley, serán considerados como militares:

- 1) los prisioneros de guerra;
- 2) durante el estado de guerra, o el de su peligro inminente, los ciudadanos, empleados y obreros de las reparticiones militares y de aquellas dependencias oficiales o privadas, que el Poder Ejecutivo haya militarizado, para la mayor eficacia de los servicios.

Art. 874.— Oficiales, es la designación genérica que distingue a los que poseen grado desde subteniente hasta general de ejército, y sus equivalentes, en las otras instituciones militares.

Por suboficiales y clases, se entenderá todo aquel personal militar que por las leyes orgánicas respectivas tenga asignado tal carácter.

Por individuo de tropa, y sus equivalentes, se entenderá todo el personal que no pertenezca a las categorías de oficial, suboficial o clase, y a los civiles sin asimilación militar que, por cualquier causa, están sometidos a la jurisdicción militar.

Art. 875.— La denominación "oficiales superiores", comprende, tan sólo a los generales de ejército, de división y de brigada, y coronelos; almirantes, vicealmirantes, contraalmirantes y capitanes de navíos, y brigadiers generales, brigadiers mayores, brigadiers y comodores.

La expresión "oficiales superiores y jefes", comprende desde general de ejército hasta mayor, inclusive, y sus equivalentes.

La expresión "jefes y oficiales subalternos", comprende desde teniente coronel hasta subteniente, inclusive, y sus equivalentes.

Art. 876.— Por "instituciones armadas" o "fuerzas armadas", se entenderán las del ejército, marina y aeronáutica.

La expresión "oficiales combatientes" comprende a los oficiales de las armas y de comando.

Art. 877.— Se considerará "superior", al militar que tenga con respecto de otro, grado más elevado, o autoridad en virtud del cargo que desempeña, como titular o por sucesión de mando.

Se considerará "subalterno", respecto de otro, al militar que tenga grado inferior, o le esté subordinado en virtud del cargo que aquél desempeña, como titular o por sucesión de mando.

Art. 878.— Se entiende por acto del servicio, todo el que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden, por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas.

Art. 879.— Se entiende por acto del servicio de armas, el que se ejecuta en las siguientes funciones:

- 1) de combate;
- 2) de seguridad: como ser: guardias, retenes, rondines, patrullas, fracción;
- 3) de manejo de material; como ser: dirección de buques, embarcaciones, aeronaves, máquinas de guerra, tanques, ferrocarriles, automotores;
- 4) de instrucción; como ser: ejercicios, maniobras, academias;
- 5) de formación; como ser: zafarranchos, inspecciones, honores, revistas, desfiles.

El servicio de armas comprende los actos preparatorios y finales del mismo, desde su iniciación con el llamamiento del personal, hasta su terminación con la retirada de éste.

Art. 880.— Toda vez que en el presente Código se utilice la palabra "convoy" se entenderá también que ella se refiere a la "formación

aérea" cuando el precepto sea aplicable a la aeronáutica. Cuando se utilice la palabra "convoyado", se entenderá incluida la palabra "escotado" en las mismas circunstancias.

El concepto de formación aérea, escuadrilla, operación aérea, bases aéreas, y otros términos aeronáuticos utilizados en este Código, será el que establezcan las leyes y reglamentos aeronáuticos al respecto.

Art. 881.— Se considera que un hecho se ha producido delante de tropa, cuando lo presencian más de cinco individuos con estado militar.

Se considera tropa formada, la menor subunidad orgánica reunida en formación, para cualquier acto del servicio.

Art. 882.— El tiempo de guerra, a los efectos de la aplicación de este Código, comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta existe de hecho, o con el decreto de movilización para la guerra inminente, y termina, cuando se ordena la cesación de las hostilidades.

Art. 883.— Se considera que una fuerza está frente al enemigo, desde el momento que ha emprendido los servicios de seguridad contra el mismo.

Art. 884.— Se considera que una fuerza está en campaña; cuando operare en plazas o territorios declarados en estado de guerra, aunque ostensiblemente no aparezca enemigo armado, y cuando por razones de gobierno o estado, la autoridad militar dispusiere que las tropas practiquen servicio como en tiempo de guerra.

Art. 885.— Este Código comenzará a aplicarse dos meses después de su promulgación; desde ese momento, quedará derogado el anterior, así como toda otra disposición entonces vigente, que estuviere en oposición con él.

El Poder Ejecutivo, dentro del plazo expresado en la primera parte de este artículo, procederá a la nueva constitución de los consejos de guerra y a la designación de los demás funcionarios de la justicia militar, en la forma establecida en esta ley.

Art. 886.— Las penas de presidio, impuestas por aplicación del código anterior, quedan reemplazadas, de pleno derecho, por la de reclusión, dispuesta por este Código.

A los condenados por aplicación del Código derogado, se les beneficiará con el abono de prisión preventiva que prevé esta ley, en los casos que no se hubiere hecho por prohibirlo aquél.

Art. 877.— En toda prescripción no consumada al promulgarse este Código, se observará lo siguiente:

1) si el término fijado en él, para la prescripción, fuere mayor que el que las leyes anteriores señalaban, se estará a lo que éstas dispongan;

2) si por el contrario, fuese menor, se estará a las prescripciones de este Código.

Art. 888.— Las leyes procesales penales militares, se aplicarán desde su promulgación, aún tratándose de causas por delitos anteriores cuyas sentencias no estén ejecutoriadas, salvo disposición expresa en contra.

Los procesos realizados y los actos procesales cumplidos de acuerdo con la ley derogada o suspendida, permanecen válidos, a no ser que la nueva ley disponga expresamente lo contrario.

OBRAS CITADAS

Alexander, Franz; Staub, Hugo: *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, Madrid, 1961.

Ardnt, Herbert: *Grundiss des Wehrstrafrechts*, München u. Berlin, 1958..

Aristóteles: *Moral a Eudemo*, en *Obras Completas*, Buenos Aires, Omeba, 1967. t. I.

— *Moral a Nicómano*, en *Obras Completas*, Buenos Aires, Omeba, 1967, t. I.

Astrosa Herrera, Renato: *Derecho penal militar*, Santiago de Chile, 1971.

Berdiaev, Nikolai: *Autobiografía espiritual*, Barcelona, 1957 (espec. ps. 170 y 171).

— *El espíritu de Dostoievski*, Buenos Aires, 1978.

Bernardi, Humberto P. J.: *Sustantividad del derecho penal militar*, en "La Ley", t. 39, ps. 1035 y 1036.

Bielsa, Rafael: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1929, t. II.

Bustillo, José María: *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, Buenos Aires, 1914.

Calderón Serrano, Ricardo: *Derecho penal militar*, Méjico, 1944.

Cavallero, Ricardo Juan: *Notas sobre el delito militar*, en "La Ley", 1975, D, ps. 598 y ss.

— *La agresión al superior militar ante la Corte Suprema*, en "La Ley", t. 155, p. 34.

- Ciardi, Giuseppe: *Instituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1950.
- *Trattato di diritto penale militare*, vol. I, Roma 1970.
- Clariá Olmedo, Jorge: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1962, t. II.
- Colombo, Carlos: *El derecho penal militar y la disciplina*, Buenos Aires, 1953.
- *Sustantividad del derecho penal militar*, en "Boletín Jurídico Militar", n° 12, Buenos Aires, 1964.
- Conejos D' Ocón, Antonio: *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*, Valencia, 1895.
- Córdoba Roda, Juan; Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1973.
- Díaz Llanos Lecuona, Rafael: *Leyes penales militares*, Madrid, 1974.
- Doll, Paul-Julien: *L'évolution de la justice militaire en France depuis 1965*, en "Rev. de Sc. Crim. et D. Pénal Comparé", 1975, n° 4, ps. 901 y ss.
- Dostoevski, Fedor: *Los hermanos Karamasof*, libro V, cap. 5.
- Estrada, José Manuel: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1901.
- Fierro, Guillermo J.: *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, Rosario, 1969.
- Fiorini, Bartolomé: *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968.
- Fontán Balestra, Carlos: *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1970, t. I.
- Freud, Sigmund: *Obras completas*, Madrid, 1948.
- Gavier, Ernesto: "Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Penal", Córdoba, 1976, p. 37.

- Jescheck, Hans Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil*, Berlín, 1972.
- Jiménez Asenjo, Enrique: *Crimen y castigo de la devastación armada de la guerra A.B.C.*, en "Revista Española de Derecho Militar", Madrid, n° 9, enero-junio, 1960, ps. 53 y ss.
- Lalinde Abadía, Jesús: *Introducción histórica al derecho español*, Barcelona, 1970.
- Lo Cascio, Manlio: *Diritto penale militare*, Milano, 1958.
- Luce, Gay Gaer, y Segal, Julius: *El sueño*, Méjico, 1967.
- Manzini, Vincenzo: *Diritto penale militare*, Padova, 1932.
- Marienhoff, Miguel: *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. I.
- Martínez Muñoz, Ildefonso: *Derecho militar y derecho disciplinario militar*, Buenos Aires, 1977.
- Maurach — Zipt: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband I*, Heidelberg — Karlsruhe, 1977.
- Mira y López,utilio: *Psiquiatría en la guerra*, Buenos Aires, 1944.
- Montes Jerónimo: *Derecho penal español*, Madrid, 1917.
- Moreno, Rodolfo (h): *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1923, t. III.
- Núñez, Ricardo C.: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1959, t. I.
- Núñez Barbero, Ruperto: *Derecho penal militar y derecho penal común*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, setiembre-diciembre de 1971, ps. 713 y ss.
- Ponserrada, Gustavo Eloy: *Introducción al tomismo*, Buenos Aires, 1978.
- Querol y Durán, Fernando: *Principios de derecho penal militar español*, Madrid, 1948, t. I.

Quintano Ripollés, Antonio: *La culpa en el derecho penal militar*, Madrid, 1957.

Ramayo, Raúl Alberto: *La jurisdicción o justicia militar y el principio de división de los poderes*, "La Ley", t. 122, p. 1183.

— *La obediencia debida en el Código de Justicia Militar*, en "Boletín Jurídico Militar", nº 14, ps. 13 y ss., Buenos Aires, 1972.

Risso Domínguez, Carlos: *La justicia militar*, Buenos Aires, 1939, t. I.

— *Información sobre el proyecto de ley de justicia militar*, Buenos Aires, 1927.

Rodríguez Devesa, José María: *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1971.

— *Exposición de síntesis al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, del 10 de mayo de 1967, Madrid.

— *La obediencia debida en el derecho penal militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", nº 3, Madrid, enero-julio, 1957, ps. 48 y 49.

Ruiz Funes, Mariano: *Criminología de la guerra*, Buenos Aires, 1960.

Savigny, F. de: *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, 1878.

Schmidhäuser, Eberhard: *Einführung in das Strafrecht*, Hamburg, 1972.

Tanzi, Héctor José: *Distinción entre delitos y faltas militares*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Buenos Aires, nº 2, abril-junio de 1968, p. 178.

Tejedor, Carlos: *Código Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Nueva edición oficial, Buenos Aires, 1884.

Vejar Vázquez, Octavio: *Autonomía del derecho penal militar*, Méjico, 1948.

Venditti, Rodolfo: *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1959.

Verhaegen, Jacques: *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, 1969.

Vico, Pietro: *Diritto penale militare*, Milano, 1917.

— *Il reato esclusivamente militare*, en R.D.P.M., 1935, p. 5.

Welzel, Hans: *Derecho y ética* (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), en "Revista Argentina de Ciencias Penales", Plus Ultra, Buenos Aires, nº 5.

— *Das Deutsche Strafrecht. Allg. Teil*, Berlín, 1969.

Wojtyla, Karol: *Amor y responsabilidad*, Madrid, 1978.

TEXTOS LEGALES
Y LITERATURA EXTRANJERA(*)

ALBANIA

Disposiciones legales en los arts. 302 a 341 del Código Penal.

ALEMANIA

Corpus Juris Militaris. Recognitum, ac multis es partibus auctum,
Frankfurt, 1674.

*Corpus Juris Militaris. Oder vollkommenes Kriegs-Recht der hohen
Potentaten in Europa,* Frankfurt a.M., 1709.

G.W.C.Cavan, *Das Krieges oder Militär-Recht wie solches jetzt bei
der Königlich Württembergischen Truppen,* Stuttgart, 1818.

E. Erhard, *Handbuch für die untersuchungsführenden Offiziere und
Beisitzer der Kriegs- und Stand-Gerichte der Königlich-Preußischen
Armee,* Merseburg, 1818.

Strafgesetzbuch für das preussische Heer, Berlin, 1845.

Wilhelm Brauer, *Das badische Militärstrafrecht und Militärstrafver-
fahren,* Karlsruhe, 1851.

(*) Esta bibliografía se limita, en general, a obras que abarcan a toda la materia o a algunos de sus conceptos fundamentales. No incluimos a todas las monografías, porque su extensión es enorme y porque se las habrá indicado en las obras citadas; esta bibliografía es sólo una guía para quienes desean profundizar la materia investigando en obras extranjeras. Los títulos en inglés, francés, alemán, italiano y portugués, corresponden a los originales en esas lenguas. Los títulos en castellano de obras que no corresponden a países de nuestra lengua han sido traducidos de las respectivas lenguas nacionales.

— *Handbuch des deutschen Militärstrafrechts*, Erlangen, 1872.

Militärstrafgesetzbuch und Militärstrafgerichtsordnung für das Königreich Bayern, München, 1869.

Kompendium über Militärrrecht (editado por el Real Ministerio de Guerra prusiano), Berlin, 1900.

Ewald Stier, *Fahnenflucht und unerlaubte Entfernung. Eine psychologische, psychiatrische u. militärrechtliche Studie*, Halle, 1905.

Kurt Elsner von Gronow und Georg Sohl, *Militärstrafrecht für Heer und Marine des Deutschen Reichs*, Berlin, 1906.

G. Rotermund, *Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Hannover, 1909.

Heinrich Dietz, *Taschenbuch des Militärrrechts für Kriegszeiten*, Rastatt, 1913.

— *Militärstrafrecht. Grundriss*, 1916.

Neue Zeitschrift für Wehrrecht, revista que se publica en Berlín desde 1959, dirigida primero por Eberhard Barth y actualmente por Joachim Hinz.

Zeitschrift für Wehrrecht. Akad. Für Deutsches Recht, geleitet von Heinrich Dietz, Berlin, 1936-1945.

Martin Rittau, *Militärstrafgesetzbuch*, Berlin, 1943.

Kurt Simmerlein, *Der bindende rechtswidrige Befehl im Militärrrecht Deutschlands, der Schweiz, Italiens und der Tschechoslowakei*, Erlangen, 1937.

Herbert Arndt, *Grundriss des Wehrstrafrechts*, 1958.

Hans Günther Schwenck, *Wehrstrafrecht in System des Wehrrechts und in gerichtlichen Praxis. Ein Leitfaden*, München, 1973.

Eike Steinkamm, *Die Wehrstrafgerichtsbarkeit in GG der Bundesrepublik Deutschland*, Würzburg, 1974.

Dreher, E.; Kackner, K.; Schwalm, G., *Wehrstrafgesetz. Kommentar*, München, 1958.

Kohlhaas, M., *Kommentar zum Wehrstrafrecht*, 1969.

Martin Rittau, *Wehrstrafgesetz vom 30. März, 1957 mit Einführungsgesetz*, Berlin, 1961.

Berthold Hatzius, *Grundlagen und Entwicklung der Militärstrafgerichtsbarkeit der DDR in Friedenszeiten*, Würzburg, 1968 (República Democrática).

Alfred Hartmann, *Die Abgabe von Straftaten an den Kommandeur zur Behandlung nach Disziplinarvorschrift der Nationalen Volksarmee DV-10/6. Die Behandlung im Militärischen Kollektiv*, Berlin, 1968 (República Democrática).

Paul Lemler — Otto Seufleben, *Wehrgesetz vom 21. Mai:1935. Mit Erleuterungen*, Berlin, 1936.

Hans Dombrowski, *Militärstrafrecht*, Berlin, 1935.

Detlef Ronneburger, *Wehrrecht*, Berlin, 1937.

Eduard Kohlrausch, *Militärstrafgesetzbuch und Kriegssonderstrafrechtsverordnung in die Fassung vom 10. Oktober, 1940*, Berlin 1941.

Quellensammlung für die Heerengerichte, Berlin, 1945.

Johannes Fleckel, *Wehrverfassung und Wehrrecht des Grossdeutschen Reiches*, Hamburg, 1939.

Rudolf Absolon, *Das Wehrmachtsstrafrecht im 2. Weltkrieg*, Kornelimünster, 1958.

Ludwig Oberniedermayr, *Kommentar über das Militärstrafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, München, 1870.

Karl Hecker, *Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts*, Stuttgart, 1887.

Eduard Fleck, *Kommentar über das StGB für das Preussische Heer*, Berlin, 1869-1870.

Klemens Koppman, *Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Strafzählgesetze*, Nördlingen, 1875.

Max Ernst Mayer, *Deutsches Militärstrafrecht*, Leipzig, 1907.

A. Romm; K. Risom, *Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872 nebst dem Einführungsgesetz*, Berlin, 1916.

Lorenz-Haeger, *Neues Militärstrafrecht*, Berlin, 1917.

Wilhelm Fuhr, *Militärstrafgesetzbuch*, Berlin, 1923.

Erich Schwinge, *Militärstrafgesetzbuch*, 1936/1944.

Georg Doerken — Werner Scherer, *Das Militärstrafgesetzbuch und die Kriegsstrafrechtsverordnung*, Berlin, 1942.

AUSTRALIA

The Commonwealth of Australia, *Defense Act 1903-1949. An Act to provide for the naval and military defense and protection of the Commonwealth and of the several states*, Canberra, 1949 (reformada en 1951, 1952 y 1954).

Manual of military law, Canberra, 1941.

AUSTRIA

L. Altmann; S. Jacob, *Kommentar zum österreichischen Strafrecht*, Wien, 1930.

G. Lelewel, *Grundriss des Militärstrafrechts*, Wien, 1927.

E. Foregger; E. Serini, *Das österreichische Militärstrafgesetz*, Wien, 1971.

F. Salomon, *Zum neuen Militärstrafgesetz*, en 19JZ, 1971, ps. 426 y ss.

BÉLGICA

Gérard, P.A.F., *Corps de droit pénal militaire*, Bruselas, 1847.

Ministère de la Défense Nationale, Adjudant Général, *Instruction sur le service judiciaire*, Bruselas, 1957.

Moreau, A.; D'jongh, Ch., *Commentaire du Code Pénal Militaire*, Bruselas, 1880.

Goedseels, Jos, *Manuel de droit pénal militaire*, Bruselas, 1917 (completado en 1937):

—, *Manuel de procédure pénal militaire*, Bruselas, 1916.

Delhayé, C., *Pour une saine répression militaire ou de l'unité du droit répressif militaire*, Bruselas, 1967.

Likulia, Bolongo, *La compétence d'attribution de jurisdictions militaires en temps de paix en droit comparé zairois, belge et français*, París, 1975.

Gilissen, J., *Droit pénal et procédure pénale militaire*, en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", Bruselas, 1957.

Código Penal Militaire ("Moniteur belge" del 4 de junio de 1870).

Loi sur la milice, del 30 de abril de 1962.

Loi portant le statut des objecteurs de conscience, del 3 de junio de 1964.

BOLIVIA

Ortiz, Daniel M., *Códigos militares de la República de Bolivia*, La Paz, 1929.

Ramos Arce, Luis, *Compilación penal militar*, *Precedida por la ley orgánica del Ejército*, La Paz, 1948.

Pizarroso C. Lara, Gastón, *Código Penal boliviano*, *Código Penal Militar y leyes afines*, La Paz, 1967.

Silva, Carlos Manuel, *Manual de derecho militar* (t. II, *Derecho penal militar*), La Paz, 1969.

BRASIL

Oscar de Macedo Soares, *Código Penal Militar da República dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por..., Rio de Janeiro, 1903.

Esmeraldino Bandeira, *Direito, justiça e processo militar*, R. de Janeiro, 1919.

Tomaz Pará, *Códigos e leis militares*, Porto Alegre, 1939.

Lauro Schuch, *Sugestões à elaboração de um anteprojeto ao Código de Justiça Militar*, 1940 (?).

H. Canabarro Reichardt, *Código Penal Militar*, decreto-lei 6227 de 24 de janeiro de 1944, Rio de Janeiro, 1945.

Oswaldo da Costa Morais, *Dicionário de jurisprudência penal e processual militar*, Porto Alegre, 1955.

Anais do Congresso de direito penal militar. Irm comemoração ao sesquicentenário do Superior Tribunal Militar, 8 a 15 de junho de 1958 (3 volumes), Rio de Janeiro, 1958-1959.

Helio Lobo, *Sabres e togas, a autonomia judicante militar*, Rio de Janeiro, 1960.

Abdul Sayol de Sá Peixoto, *Dicionário das auditorias militares*, Rio de Janeiro, 1971.

Vicente Greco Filho, *Código Penal Militar*, decreto-lei 1001 de 21 de outubro de 1969. *Compil., notas remissivas e índice por...*, São Paulo, 1973.

Nelson Vital Naves, *Legislação penal militar. Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar*, Rio de Janeiro, 1976.

José Salgado Martins, *Código Penal Militar da República dos Estados Unidos do Brasil*, Porto Alegre, 1937.

Silvio Martins Teixeira, *Código Penal Militar explicado*, Rio de Janeiro, 1946.

Ramagen Badaró, *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*, São Paulo, 1972.

Reinaldo Calil, *Código da Justiça Militar*, São Paulo, 1967.

Mario Gameiro, *Da especialização do direito penal militar perante a philosophia evolucionística*, Rio de Janeiro, 1917 (Revista dos Tribunais).

Mário Tiburcio Gomes Carneiro, *Estudos de direito penal militar*, Rio de Janeiro, 1959.

Romeiro Neto, *O direito penal militar nos casos concretos. Pareceres e decisões no Superior Tribunal Militar*, Rio de Janeiro, 1966.

Rui de Lima Pessoa, *Espionagem e os meios jurídicos de segurança nacional*, Rio de Janeiro, 1966.

BULGARIA

Kuncev, S.; Jotov, B., *Los hechos penales militares conforme al derecho penal de la República Popular de Bulgaria*, Sofía, 1962.

Popov, Vasil, *Participación en asuntos penales militares*, Sofía, 1942.

COLOMBIA

Rafael Núñez Álvarez, *Apuntes sobre derecho penal militar*, Bogotá, 1959.

Oscar Bonilla Echeverri, *Código de Justicia Penal Militar y Consejos de Guerra Verbales*, Bogotá, 1971.

Leonel Olivar Bonilla, *Derecho procesal penal militar*, Bogotá, 1977.

- *Temas de derecho penal militar*, Bogotá, 1975.

Bernardo Enrique Peralta Ortiz, *El militar y los delitos políticos*, Bogotá, 1959.

CHECOSLOVAQUIA

V. Kemlink, *Hechos penales militares*, Praga, 1952.

CHILE

Roberto Sánchez Z. y Celso Romero Peláez, *Código de Justicia Militar. Recopilación y redacción de...*, Sgo. de Chile, 1955.

Renato Astrosa Sotomayor, *Jurisdicción penal militar. Un estudio crítico y comparativo*, Sgo. de Chile, 1973.

Isabel Correa Fuentes, *Generalidades de derecho penal militar chileno*, Sgo. de Chile, 1958.

Renato Astrosa Herrera, *Derecho penal militar*, Sgo. de Chile, 1971.

Rafael Mackay Barriga, *El delito de desobediencia en el Código de Justicia Militar de Chile*, Sgo. de Chile, 1965.

CHINA

Herbert Franke, *Zum Militärstrafrecht im chinesischen Mittelalter*, München, 1970.

CHIPRE

J. Daskalakis, *Manual de derecho penal militar*, Nicosia, 1965.

DINAMARCA

Código Penal Militar del 7 de mayo de 1937, con reformas de 1954 y 1967.

G.B. Pürschel, *Código Penal Militar y ley procesal penal militar*, editado por... Copenhagen, 1963.

ESPAÑA

A. Landín Carrasco, *Manual de derecho penal y procedimientos militares*, Madrid, 1967.

F. de Querol y Durán, *Principios de derecho militar español*, Madrid, 1948-1949.

J.M. Rodríguez Devesa, *Código de Justicia Militar*, en "Nueva Encyclo-pedia Jurídica", t. IV, 1952, ps. 303-313.

R. Díaz-Llanos Lecuona, *Leyes penales militares*, Madrid, 1974.

Revista "Española de Derecho Militar" (desde 1956).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Hans J. Rohrer, *Grundzüge der schweizerischen und amerikanischen Militärstrafrechtspflege in rechtsvergleichender Sicht*, Zürich, 1977.

Gilbert G. Ackroyd, *The guarantees granted to the individual in the military criminal prosecution and disciplinary action*, en "Revue de Droit Militaire et Droit de la Guerre" (Military Law Review), Bruselas, 1964, ps. 449 y ss.

Thomas H. Green, *Military justice procedures*, en "Military Review", t. XXVIII, 1948, n° 7, ps. 21 y ss.

Stanley W. Jones, *Changing concepts in the administration of criminal justice*, en "Army", 8, 1958, n° 12, ps. 46 y ss.

John E. T. Murray, *The army's lawyers and the army's mission*, en "Army", 13, 1963, n° 7, ps. 56 y ss.

George S. Prugh, *The organization of military jurisdiction and the statute of judges and public prosecutors of that jurisdiction. United States*, en "Military Law Review", 1970, ps. 7 y ss.

James Snedeker, *Military justice under the Uniform Code*, Boston, 1953.

James Stuart-Smith, *Military law: its history, administration and practice*, en "The Law Quarterly Review", t. 85 (1969), ps. 472 y ss.

George E. Wilson, *The evaluation of military justice*, en "Infantry", t. 59, n° 3, ps. 8 y ss.

FINLANDIA

Ley penal militar del 30 de mayo de 1919.

FRANCIA

Code de Justice Militaire, del 8 de julio de 1965 (J.O. del 9 de julio de 1965; reformado en 1971, J.O. del 25 de diciembre de 1971). Esté publicado el texto en *Code de Procedure Pénale. Code de Justice Militaire*, París, Dalloz (edición actualizada anualmente).

Code Pénal Militaire, ou lois et arrêtés relatifs à la justice militaire, París, 1803.

J.B. Perrier, *Le guide des juges militaires ou recueil des lois, arrêtés et avis du Conseil d'Etat*, París, 1811.

Victor Foucher, *Commentaire sur le Code de Justice Militaire, pour l'armée de terre, promulgué le 4 aout 1857*, París, 1858.

Jules Leclerc de Fourrolles, *Le Code de Justice Militaire pour l'armée de terre*, Chalons-sur-Marne, 1913.

Eugene Tulet, *Contribution à l'étude du nouveau Code de Justice Militaire du 9 mars 1928*, París, 1931.

Henri Clerc, *L'obéissance militaire*, París, 1935.

Pierre Moutin, *Aspects actuels de la criminologie clinique en militaire*, París, 1972.

F. Gros; R. Curu. *Commentaire pratique du Code de Justice Militaire*, París, 1931.

Pierre Hugueney, *Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaire*, París, 1933.

Claude Picard, *Organization et fonctionnement de la justice militaire. Transformations et adaptations du temps de guerre*, París, 1940.

Paul Julien Doll, *Analyse et commentaire du Code de Justice Militaire*, París, 1966.

Michel de Juglart, *Répertoire méthodique de la jurisprudence militaire. Court de Cassation et Tribunaux militaires de cassation*, París, 1946.

Jules Cauviere, *Discipline militaire et obéissance passive*, París, 1909.

Cordonnier, *L'obéissance aux armées*, París, 1924.

GRAN BRETAÑA

Halsbury's Stutes, tomo 29, bajo la palabra "Royal Forces": *Army Act*, del 29 de marzo de 1955; *Air Force Act*, del 29 de marzo de 1955; *Army and Air Force Act*, del 27 de julio de 1961; *Armed Forces Act*, del 21 de diciembre de 1966; *Naval Discipline Act*, del 31 de julio de 1957.

Manual of military law, 9a. ed., London, 1969.

GRECIA

Código Penal Militar, del 21 de febrero de 1941, ed. de 1960.

Anadiadis, *Derecho penal militar*, Atenas, 1955.

Gianniris, *Comentarios al Código Penal Militar*, Atenas, 1959.

GUATEMALA

Carlos Castellanos, *Curso de procedimientos militares*, Guatemala, 1941.

HAITÍ

Departamento de la Guerra, *Code Penal Militaire pour les troupes de terre et de mer. Loi sur l'organisation des Conseils Militaires*, Port-au-Prince, 1912.

HOLANDA

D.B.A. Fanken - R.J. Brunner, *Manual de derecho penal militar*, 1948.

Código Penal Militar del 27 de abril de 1903 con reformas del 4 de julio de 1963. (Comentario de la reforma de A.F. Steffen, 1971).

INDIA

O.P. Sharma, *Military law in India*, Bombay, 1973.

Joseph Minattur, *Martial law in Indian, Pakistán and Ceylán*, The Hague, 1962.

IRÁN

Ali Gawidán, *Colección de principios procesales penales de las leyes penales militares*, Teherán, 1953.

ISRAEL

Government of Palestine, *The defense (emergency) regulations*, Jerusalem, 1945.

Akzin, Benjamin, *Studies in law*, Jerusalem, 1958.

ITALIA

G. Ciardi, *Istituzioni di diritto penale militare, Parte generale*, Roma, 1950/1954.

- *I nuovi Codigi Penali Militari*, Milano, 1942.

- *Trattato di diritto penale militare*, Roma, 1970.

M. Lo Cascio, *Diritto penale militare*, Milano, 1958.

S. Malizia, *Codici Penali Militari di Pace e di Guerra, annotato con la giurisprudenza*, Milano, 1971.

A. Manassero, *I Codici Penali Militari*, Milano, 1951.

JAPÓN

Japanisches Militärstrafgesetzbuch vom 9. april, 1908, trad. de Renosuke Fujisawa, Berlin, 1911.

MALTA

Malta Armed Forces Act, del 28 de agosto de 1970.

MÉJICO

Tomás López Linares-Octavio Véjar Vázquez, *Código de Justicia Militar anotado y concordado por... Méjico*, 1953.

Ricardo Calderón Serrano, *Derecho penal militar*, Méjico, 1944.

- *Derecho procesal-militar*, Méjico, 1947.

NORUEGA

Ley penal militar del 22 de mayo de 1902 reformada el 12 de diciembre de 1958 (traducción alemana de A. Teichmann: *Die norwegische Strafgesetzgebung des Jahres 1902*, Berlin, 1903).

C.J. Fleischer, *Ley penal-militar con comentario*, Oslo, 1956.

PARAGUAY

Ordenanza militar y Código Penal y de Procedimiento Penal Militar Ordenanza militar y Código Penal y de Procedimiento Penal Militar en tiempo de paz y de guerra de la República del Paraguay, Asunción, 1887.

PERÚ

Ministerio de Guerra, *Código de Justicia Militar*, Lima, 1951.

Ministerio de Guerra, *Ley orgánica de la justicia militar. Código de Justicia Militar*, Lima, 1954.

F. Bonilla, *Ley orgánica y Código de Justicia Militar*, Lima, 1908.

Ministerio de Guerra y Marina, *Formularios de los procedimientos de justicia militar*, Lima, 1908.

José Luis Bustamante y Rivero, *Legislación militar en el Perú*, Arequipa, 1918.

POLONIA

T. Lesko, *El sistema de penas en el derecho penal militar*, Varsovia, 1968.

J. Muszynski, *El hecho penal militar y el delito disciplinario en el derecho penal militar polaco*, Varsovia, 1967.

E. Michlewska, *Fundamentos de derecho penal militar conforme al estado de la legislación al 30 de junio de 1969*, Varsovia, 1969.

PORTUGAL

A.X. Lopes Vieira, *Notas ao Código de Justiça Militar*, Lisboa, 1965.

Conselho da Revolução, *Código de Justiça Militar; regulamento de disciplina militar*, Lisboa, 1977.

SUIZA

F.H. Comtesse, *Das schweizerische Militärstrafgesetz. Kommentar*, Zürich, 1946.

TURQUÍA

S. Erman, *Derecho penal militar parte general y derecho procesal penal militar*, Estambul, 1970.

C. Koseoglu, *Las leyes penales militares relacionadas con el derecho penal*, Estambul, 1971.

UNIÓN SOVIÉTICA

A.G. Gornyi, *Comentario científico-práctico a la ley sobre responsabilidad penal por delitos militares*, Moscú, 1961.

Fundamentos de legislación militar soviética, Moscú, 1966.

URUGUAY

Néstor J. Bolentini, *Código Penal Militar, comentado y concordado por...*, Montevideo, 1976.

VENEZUELA

José Rafael Mendoza Troconis, *Curso de derecho penal militar venezolano*, Caracas, 1976.

Se terminó de imprimir
el día 26 de mayo de 1980
en los Talleres EDIGRAF,
calle Delgado 834,
Buenos Aires, al cuidado
de Beatriz N. Caballero