

La nueva Ley Penal Militar Alemana*

Por JOSE M.^a RODRIGUEZ DEVESA

Excelentísimo Señor. Señoras, Señores: Entre estos muros que han escuchado las sabias enseñanzas de tantos maestros, en esta gloriosa Universidad cuyos lauros académicos han resonado en el mundo, en una Facultad que guarda la sombra viva de DORADO MONTERO, no es fácil hablar. Y no me lo sería a mí si no fuese por las bondadosas palabras de aliento que acabo de escuchar a don JOSE ANTON ONECA. En ellas veo un reflejo, no de mis méritos, que no los tengo, sino de su deseo de que quienes le seguimos en edad le sigamos también en esa tremenda aventura de dedicación que él está coronando con su fructuosa entrega a la Universidad. Por eso le doy las más rendidas gracias. Les ruego a ustedes que me otorguen también, como lo ha hecho don José ANTON, esa benevolencia, grande, de la que tanto he de precisar en esta ocasión.

Voy a hablarles a ustedes de la ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957. Como no es posible examinar con todo detalle lo que es y significa dentro del ordenamiento jurídico alemán la nueva ley penal militar de marzo de este año, me limitaré a exponer de modo muy esquemático, a título de antecedente, la base histórica en que descansa el derecho penal militar alemán, deteniéndome después, más particularmente, en sus notas características y en los conceptos de la parte general. En el aspecto histórico me he apoyado en los trabajos de DIETZ. El proyecto de 1956 llegó a mis manos por el amable envío que de él me hizo el doctor DREHER. Los pasos que

* Conferencia pronunciada el 28 de noviembre de 1957, en la Facultad de Derecho de Salamanca.

siguió el proyecto hasta su aprobación, me fueron comunicados por el doctor MATTES. También me han prestado ayuda, en una u otra forma, para obtener los materiales necesarios, los profesores doctores MEZGER y JESCHECK, así como el doctor BARBERO. A todos ellos expreso gustoso aquí mi reconocimiento. En lo que se refiere a la significación de la ley de 30 de marzo de 1957 y a las cuestiones dogmáticas de que, en breve, me he de ocupar, he de advertir que por tratarse de una ley extranjera, sobre la que no se han publicado todavía comentarios de ninguna clase ni ha sido elaborada doctrinalmente (aunque la editorial Beck anuncia la próxima publicación de un Grundriss, de ARNDT y unos comentarios por DREHER y NEUDECK), las opiniones que he de exponer, resultado de reflexiones sugeridas por la lectura de los textos legales correspondientes, están supeditadas a las reservas siempre obligadas cuando se trata de un derecho que no es el propio, tanto más cuanto que no se dispone todavía de jurisprudencia sobre los problemas que la nueva ley plantea.

El derecho militar alemán hasta los Artículos de la guerra.

El primer derecho militar de los germanos, incluso en la época franca, fué un derecho consuetudinario de carácter predominantemente jurídico privado. Sólo algunos hechos graves se castigaban con penas públicas. En la época feudal se estableció el deber de los vasallos de prestar servicio militar, lo cual, unido a la institución de la caballería, de importancia para la posterior evolución del concepto del honor en el cuerpo de oficiales, determinó ciertas modificaciones. El derecho militar siguió teniendo una base consuetudinaria, aunque en parte se encontraba contenido en la legislación común. Se publicaron normas particulares para algunas empresas bélicas. Por ejemplo, las *Leyes del Ejército* de Federico I para la primera guerra contra Milán (1158), y la *ley del Imperio*, aprobada por la Dieta de Nuremberg en 1431 para una campaña contra los bohemios. Fué importante en este período la influencia de la llamada *Carta de Sempach* de 1393, dada en Zurich.

Los Artículos de la guerra.

Al surgir los ejércitos de soldados profesionales (a sueldo, mercenarios), las normas penales por las que se rigen enlazan con la tradición recibida y en las fuentes generales del derecho, apareciendo los llamados "Artículos de la guerra" (*Kriegsartikel*), equivalentes a nuestras Ordenanzas, que al principio se limitaron a

consignar los deberes de los soldados, dando por supuesta la punibilidad de su infracción y dejando indeterminada la pena. Por ejemplo, los Artículos de la Guerra de Maximiliano I para sus lansquenets (1508). Sólo más tarde, en los Artículos de la guerra de Maximiliano II para la Infantería y la Caballería, aprobados en la Dieta de Espira de 1570, se fijan expresamente los delitos militares y sus penas. En sustancia, los delitos eran: pillaje, saqueo, desertión en campaña, insubordinación. Los Artículos de la guerra presuponían el previo juramento del soldado, imitado del juramento de fidelidad de los vasallos. Es decir, vienen a ser un pacto. El derecho supletorio fué la *Constitutio criminalis carolina* (1532). De los numerosos Artículos de la guerra que se dieron en diferentes partes de Alemania, fueron particularmente importantes los de 1621, dados por Gustavo Adolfo, donde se abandona toda idea de contrato bilateral, que en mayor o menor medida informaba los otros, y tienen ya el carácter de una ley penal. Con el derecho de guerra se formó entonces un derecho penal que acompañaba por doquiera al soldado. Los Artículos de la guerra de Gustavo Adolfo fueron recibidos en el año 1656, en lo esencial, por Brandenburgo y Prusia, constituyendo la base de la ulterior legislación militar prusiana. En el curso del siglo XVIII se repitieron con modificaciones los Artículos de la guerra, atenuándose las penas.

La codificación.

En el siglo XIX, el derecho penal militar alemán sufrió la influencia del movimiento codificador que recorría Europa tras las campañas napoleónicas. Paralelamente al triunfo del servicio militar general obligatorio, se impuso una correlativa atenuación del derecho penal militar fuertemente inspirado como el común, hasta entonces, por el derecho romano. El primer Código penal militar es el de Baden (1803), en Baviera, al tiempo del célebre Código penal de FEUERBACH, se da el paso decisivo hacia la codificación penal militar con la Ordenanza de 19 de agosto de 1813 (completada por otros preceptos en 1823), en Wurtemberg se publicó el Código penal militar de 20 de julio de 1818, le sigue el de Hannover, 1820, el Código penal militar prusiano es de 3 de abril de 1845, en 1855 aparece el sajón, Prusia se da otro Código el 4 de noviembre de 1867, modelo de un segundo Código en Sajonia. Por Decreto de 29 de diciembre de 1867 se introdujo el Código penal militar prusiano en los demás Estados de la Federación del Norte de Alemania. Baviera recibió el 29 de abril de 1869 un nuevo Código militar.

El Código penal militar de 20 de junio de 1872.

En esta situación, el Código penal militar para el Imperio Alemán, de 20 de junio de 1872, unifica el derecho penal militar alemán y rige para el Ejército y para la Marina. Aquí tenemos ya un Código penal militar único para los ejércitos de tierra y de mar. Le sirvieron de base tres proyectos. El primero, del general auditor prusiano FLECK, descansando sobre el derecho prusiano y el bávaro. Se nombró entonces una Comisión de oficiales y auditores, que lo estudiaron, formulando el segundo proyecto. El tercero fué propuesto por el *Bundesrat*, el 28 de abril de 1872, al *Bundestag*, partiendo de los anteriores. El *Bundestag* nombró una Comisión de veintitún miembros, presidida por el Mariscal de campo, general conde de MOLTKE, aprobándolo por gran mayoría, después de vivas polémicas, el 8 de junio de 1872. Promulgado el 20 de junio, como dije, entró en vigor el 1 de octubre de 1872. Era emperador Guillermo I.

El Código de 1872 estuvo en vigor, con varias modificaciones a las que en seguida aludiré, hasta el año 1945 en que los ejércitos alemanes fueron derrotados y el territorio alemán ocupado. Sus características responden a una línea evolutiva en la que se encuentra también la ley penal militar de 30 de marzo de 1957, por lo que me remito a lo que a continuación se dirá.

El proyecto de 1956 y la ley de 30 de marzo de 1957.

La derrota rompe la gran tradición militar alemana. Prácticamente, el año 1945 se deroga el Código de 1872, que antes había sido reformado varias veces y principalmente en los años 1926, 1935 y 1940. La última redacción, que es de 10 de octubre de 1940, es la que estaba en vigor al terminar la segunda guerra mundial. Fué derogada de modo expreso por la Ley número 34 del Consejo de Control establecido por los aliados, dictada el 20 de agosto de 1946.

Las penalidades terribles de la guerra y de la derrota, las tareas de la reconstrucción, la vigilancia aliada, la aparición de una juventud que ha sobrevivido a la increíble catástrofe, perdiendo en ella la fe en los adultos que dirigieron el Estado hasta un hundimiento total, hace que aparezca un espíritu nuevo que se señala por el repudio total del militarismo clásico y por su aversión a la guerra. Mientras Alemania está ocupada no existe problema militar. Pero al cesar la ocupación y convertirse en aliada de sus antiguos enemigos, Alemania adquiere compromisos que tienen que cumplirse, levantando una

vez más sus ejércitos. Y esto requiere unas normas específicas. Unas leyes penales militares. Así apareció el primer núcleo del actual ejército alemán. La ley de 23 de julio de 1955 reguló la recluta del primer contingente de voluntarios alemanes a la NATO. El 19 de marzo de 1956 se introdujeron las necesarias variaciones en la Ley fundamental (Constitución) de la República federal alemana. En la ley fundamental se limita ahora la posibilidad de establecimiento de Tribunales penales militares, se respeta el derecho a negarse a prestar el servicio militar, etc. Con la misma fecha de 19 de marzo de 1956 se dictó una ley sobre el Estatuto jurídico de los soldados (*Soldatengesetz*). Y el 21 de julio del mismo año se promulgó la ley del servicio militar o de reclutamiento y reemplazo. En ninguno de estos preceptos se alude a la necesidad de una ley penal especial. Sin embargo, pese a que las circunstancias políticas interiores parecían adversas, los Ministerios federales de Defensa y Justicia elaboraron conjuntamente un proyecto de ley penal militar, enviado el 22 de noviembre de 1956 al Presidente del *Bundesrat* sin haber recibido, por aquellas internas circunstancias que acabo de mencionar, la publicidad que los trabajos de esta clase acostumbran a tener en Alemania. Es más, no conseguí ninguna información sobre estos preparativos hasta que el Proyecto fué remitido impreso al *Bundesrat*. El Proyecto constaba de 48 párrafos. Los mismos que luego había de tener la Ley. A partir del momento en que llega al *Bundesrat* (23 de noviembre de 1956), los trámites para su aprobación se cubren rápidamente. A mediados de diciembre de 1956, el *Bundesrat* devuelve el proyecto al Gobierno, que seguidamente lo envía al *Bundestag*. La primera sesión en éste no tuvo lugar, sin embargo, hasta el 6 de febrero de 1957. Tras de corta deliberación pasó a la Comisión competente. El informe de la Comisión, de 15 de marzo de 1957, propuso una serie de modificaciones, la mayoría sólo en orden a la redacción, que fueron aprobadas por el *Bundestag*. La última sesión (tercera deliberación) se celebró el 20 de marzo de 1957. Volvió el Proyecto al *Bundesrat*, que dió su aprobación también, el 29 de marzo de 1957, publicándose con fecha del día siguiente en el *Bundesgesetzblatt*, acompañada de una Ley de Introducción a la ley penal militar, también de 30 de marzo de 1957, en la que se modifican algunos preceptos de la Ley de Tribunales Tutelares de menores (art. 1), Ley de cancelación de antecedentes penales (art. 2) y Reglamento del Registro penal (artículo 3), estableciendo normas para el caso de delitos cometidos antes del comienzo del servicio militar (art. 4), y para la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a los "soldados" del ejército federal (art. 5), así como normas transitorias y sobre la

entrada en vigor de la ley penal militar (un mes a contar del día siguiente de la publicación: art. 8).

Principios que informan la Ley de 30 de marzo de 1957.

Antes de examinar el contenido de la ley de 30 de marzo de 1957, y para formarnos una idea más completa del estado actual del derecho penal militar en Alemania, conviene, siquiera sea brevemente, señalar los principios a que responde, ya que las ventajas de la nueva ley son preferentemente de orden técnico, acusando la preocupación germánica de esta hora por desalojar estructuras de pensamiento supérfluas mediante un encomiable proceso de distinción clara de las diversas funciones asignadas a las diferentes normas jurídicas y a las distintas clases de sanciones. Los puntos más importantes sobre los que creo que se debe insistir, son los siguientes:

a) Separación del derecho sustantivo y el derecho adjetivo.

Algunos países, inspirados en la tradición de las viejas ordenanzas militares e influidos por el Código de Justicia militar francés, siguen incluyendo en un solo cuerpo legal las normas relativas a organización de tribunales militares, competencia y procedimiento. Además del Código de Justicia militar francés, aceptan este sistema: Suiza, Argentina, Haití, Méjico, Perú, Venezuela y el reciente Código de Justicia militar de Marruecos. Pero el sistema más extendido en Europa es el contrario, es decir, el de separar en distintos cuerpos legales las normas sustantivas y las adjetivas. Se siguió, en España, por el Código penal del Ejército de 1884 (al lado del cual se dió el mismo año una ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra, y el año 1886 una ley de Enjuiciamiento Militar), y también por el Código penal de la Marina de Guerra de 1888 (ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina y ley de Enjuiciamiento Militar de Marina del 10 de noviembre de 1894). Es el acogido por Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Holanda, Italia, Noruega, Polonia, Suecia y Turquía. Este es, también, el sistema aceptado en Alemania desde el siglo pasado y seguido, ahora, por la ley de 30 de marzo de 1957, que es una ley *penal* militar. Esta técnica corresponde mejor a las concepciones jurídico-penales actuales. El sistema francés debe considerarse arcaico.

b) Separación del derecho penal y del disciplinario.

En este punto se va abriendo paso en los Códigos penales militares modernos, la idea de que hay que distinguir lo penal de lo

disciplinario. Esta idea, en el derecho militar, se encuentra enturbiada por la amplitud que a veces se da al concepto de disciplina, de tal modo que, viene a decirse que toda infracción de los deberes militares afecta, directa o indirectamente, a la disciplina. No obstante, el Código de Justicia Militar portugués, el mismo Código de Justicia Militar francés, nuestro Código penal del Ejército de 1884 y otros Códigos militares, han dejado fuera de su seno a las infracciones disciplinarias. También lo ha hecho la ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957 a que me vengo refiriendo. Y en ella aparecen con meridiana claridad las razones de política criminal que aconsejan esta rigurosa separación.

Hay una serie de contravenciones militares que deben ser corregidas en el acto: desobediencias leves, faltas de puntualidad en el servicio, etc., no admitiendo largas dilaciones en su sanción, de no ser a costa de que se resquebrajen la subordinación y la eficiencia del Ejército. Estas faltas son, además, muy frecuentes, porque, como observa muy atinadamente el doctor NEUDECK, en un artículo recientemente publicado sobre los factores criminógenos que genera el servicio militar, el soldado tiene una serie de deberes numerosos que se vienen a añadir a los que le corresponden como ciudadano, lo que hace que las transgresiones de los mismos sean más frecuentes. Estas infracciones que comporta la vida diaria en las unidades de las fuerzas armadas, pueden y deben ser corregidas inmediatamente, o por un procedimiento muy ágil, por el mismo mando. Pero cuando las infracciones revisten cierta gravedad y mayor trascendencia para el culpable, de modo que se hace necesario el acudir a las garantías del procedimiento penal, se requiere que intervengan los Tribunales. Y en la Constitución de la República federal alemana, artículo 96 a, se ha dispuesto algo que acentúa aún más esta diferencia. Normalmente los delitos militares son juzgados por los Tribunales penales *ordinarios* (federales), aunque pueden establecerse Tribunales penales militares para las fuerzas armadas, como antes dije, con jurisdicción tan sólo: en tiempo de guerra o sobre miembros de fuerzas armadas que se encuentren en el extranjero o a bordo de buques de guerra. Los delitos militares, según el pensamiento que informa el citado precepto de la ley fundamental de la República federal alemana, requieren en quien haya de juzgarlos una especial capacidad técnica, de orden jurídico y no puramente militar.

El mando tiene la jurisdicción disciplinaria, pero no la jurisdicción penal militar. Aquella se ejerce con arreglo a la ordenanza de 15 de marzo de 1957. Esta por las normas comunes. Es una solución clara desde el punto de vista lógico al problema enconado de

los límites entre la jurisdicción ordinaria y la militar. Se rompe con la idea de que los Tribunales militares son Tribunales de excepción, dimanante de la configuración de los Ejércitos como sociedades "perfectas" dentro del Estado. El Ejército es la expresión de la potencia del Estado, su fuerza es la fuerza misma del Estado y forma parte integrante de él. Los Tribunales militares son Tribunales ordinarios. Esto encuentra expresión, como digo, en la legislación alemana actual, hasta el punto de que, en principio, ni siquiera de nombre, en tiempo de paz, existen Tribunales penales militares. Aunque sí Tribunales *disciplinarios* militares.

¿Pero cómo distinguir entre infracciones disciplinarias e infracciones penales militares? La ley de 30 de marzo de 1957 sigue un criterio que ya de modo análogo se estableció desde 1926 en el Código penal militar de 1872. En principio, la infracción de un deber militar, salvo algunos casos, sólo tiene carácter penal cuando se produzca una "consecuencia" o perjuicio grave. Esto es, si la infracción de un deber militar no tiene consecuencias graves, constituye materia puramente disciplinaria. Salvo el caso, naturalmente, en que la infracción por sí misma se encuentre tipificada como delito militar. Se consigue así, como digo, una mayor claridad en la distinción entre injusto penal e injusto disciplinario.

c) *Código penal único para todas las fuerzas armadas.*

El derecho militar muestra una tendencia evolutiva hacia la unidad. En el siglo XVIII e incluso en el XIX, tenemos en España fueros particulares y normas distintas para los distintos cuerpos y armas de los diferentes ejércitos: suizos, infantería, caballería, marina... tienen muchas normas particulares y que les son propias. Incluso normas penales, por ejemplo sobre la desertión. El Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 concluye en nosotros el proceso unificador: un mismo Código para los tres ejércitos, de Tierra, Mar y Aire. El mismo criterio se sustenta en los Códigos penales militares italianos de paz y de guerra de 20 de febrero de 1941 y en la mayor parte de la legislación penal militar europea. Este sistema en Alemania tiene sus raíces en el siglo pasado y se consagra en la ley de 30 de marzo de 1957 de manera técnicamente irreprochable. El sistema viene impuesto por la consideración de que aunque las fuerzas armadas manejen aparatos bélicos diferentes, los deberes militares son los mismos cualquiera que sea la dependencia orgánica de las unidades en que se encuentre el infractor. La división administrativa de los ejércitos de un país en varios departamentos ministeriales o su concentración en uno, es accidental.

d) *Simplificación.*

La ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957 está situada en un consciente propósito de simplificar la redacción de las leyes militares. El Código penal militar de 1872 tenía 106 párrafos. La redacción de 1940 redujo este número a 116. La ley penal militar de 30 de marzo de 1957 tiene sólo 48 párrafos: 14 dedicados a la parte general y 34 a la parte especial. La simplificación no afecta únicamente al número de párrafos. Supone también el abandono del casuismo. Por ejemplo, la desertión ocupa en nuestro Código dieciséis artículos y comprende no menos de treinta y cinco casos, susceptibles de formar entre sí combinaciones mucho más numerosas. La nueva ley penal militar alemana lo resuelve en dos párrafos.

e) *Benignidad de las penas.*

Este es el aspecto más sorprendente de la nueva ley alemana. ¡Un Código penal militar sin pena de muerte! ¡Qué digo sin pena de muerte! ¡Un Código en el que tan sólo dos veces se impone la pena de reclusión de uno a quince años, y donde las penas privativas de libertad más graves no rebasan nunca, con la excepción mencionada (para el motín) los diez años! Es muy frecuente que, de modo exclusivo o alternativamente con otra pena, se comine un hecho con arresto penal: una semana a seis meses.

Desde luego que la eficacia de un ejército y su disciplina no depende íntegramente de la severidad de su sistema penal. Decía ya don Carlos COLOMA, Maestre de Campo, en *Las guerras de los Estados-Bajos* (1588-1599), obra impresa en Amberes el año 1625, "que a quien el gusano de la honra no le persuade a que esté atado a las murallas que se obligó a guardar, no se lo persuadirá el miedo de la pena". La instrucción de las tropas, su moral, la alimentación, el armamento de que estén dotadas, la confianza en sus mandos, todo esto influye sin duda, en su conjunto, mucho más que las penas más severas, para que un ejército resista las penalidades, a veces muy duras, que está destinado a soportar. Ciertamente es también que el derecho penal militar no se ha sustraído a la progresiva humanización de las penas características de los últimos doscientos años. Están ya muy lejos aquellas penas de nuestras Ordenanzas de 1768: cortar la mano, atravesar la lengua con un hierro caliente, las carreras de baquetas, y sobre todo la prodigalidad de la pena de muerte, el diezmar o quintar a los delincuentes reales o presuntos. Pero, creo que todavía no se ha hecho un experimento de dulcificación a la escala de la Ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957.

f) *Naturaleza penal del derecho militar.*

Finalmente, en estas notas generales a las que responde la nueva ley penal militar alemana, quiero destacar su expresa toma de posición, que comparto, respecto a un punto sumamente debatido entre nosotros, a saber, sobre la supuesta sustantividad del derecho "militar". A mi juicio el llamado derecho militar está formado por una serie de especialidades del derecho ordinario. Entre el derecho administrativo militar, v. gr., y el derecho penal militar, no hay nada en común, mientras que sí lo hay entre aquél y el derecho administrativo del que constituye una especialidad, y entre el derecho penal militar y el derecho penal ordinario. El adjetivo militar no tiene otro valor que el de designar una serie de especialidades. El derecho militar no es un derecho excepcional. No lo es al menos necesariamente. Y lo es en la misma medida en que el derecho ordinario conoce también situaciones de excepción. Esta idea está recogida, como digo, conscientemente y de modo expreso en la ley penal militar alemana de 1957. Es más, los redactores del proyecto, al exponer los fundamentos del mismo, hicieron notar que abandonaban la expresión, antes usada, de "Código penal militar", para destacar que se trata de una ley penal *especial*. No consideraron, sin embargo, conveniente utilizar la técnica rusa o la empleada por Suecia, de incluir las infracciones militares en el Código penal común, sistema que se viene admitiendo en varios Códigos de países satélites de Rusia. Esta es la razón, acertada a mi juicio, repito, de que estemos ante una *Ley*, y no ante un *Código*, penal militar.

Estructura y contenido de la ley de 30 de marzo de 1957.

Examinados los caracteres generales de la ley penal militar de 1957, pasaremos ahora a su contenido, que se distribuye, como dije, en 48 párrafos, 14 correspondientes a la primera parte, y 34 a la segunda, de las dos en que se divide, con arreglo al clásico esquema de: Parte general y Parte especial.

1. *Parte general.*—Las rúbricas de los párrafos de la parte primera, o parte general, son las siguientes: Esfera de validez, definiciones, aplicación del derecho penal común, hechos penales contra fuerzas armadas aliadas, obediencia debida, miedo a un peligro personal, embriaguez culpable, penas, arresto penal, reglas sobre las penas cuando se trate de hechos penales militares, elección entre diferentes clases de penas, pena de multa por actos penales no militares, concurso de varios hechos penales y remisión condicional. Las concepciones a que responde esta parte general requieren, si

queremos percatarnos de su alcance, algo más que una simple enumeración de las rúbricas, por lo que intentaré sistematizar los puntos de vista más importantes.

a) Las *fuentes* del derecho penal militar alemán son la ley penal militar de 30 de marzo de 1957 y en segundo término el derecho penal común. Cuando se trate de hechos cometidos por soldados jóvenes o semiadultos, se aplicará la legislación de tribunales tutelares de menores.

b) *Concepto del delito militar*. — Está caracterizado por las siguientes notas:

a') *Legalidad*.—Es delito militar toda conducta penada en la segunda parte de la ley de 1957. Es conveniente recordar aquí que el principio de legalidad, al empezar el derecho penal moderno, se consagra expresamente, no en un Código penal común, sino en la ley penal militar francesa de 19 de octubre de 1791. También en todos nuestros Códigos penales militares, incluso para las contravenciones, aunque a veces no se realice de modo consecuente y quede reducido a la categoría de un simple postulado. Se parte, pues, de un concepto *formal*: delito militar es lo que castiga la ley con una pena.

b') *Acción*. — Lo mismo que el principio de legalidad, el párrafo 2 de la ley de 1957 establece que el delito militar es una acción. Esto debe entenderse en sentido amplio, comprensivo de la acción en sentido estricto (movimiento corporal), de la omisión (no hacer algo) y de la comisión por omisión. Las teorías sobre la relación de causalidad y causas que excluyen la acción son aplicables también en el derecho militar.

c') Respecto a la *antijuricidad tipificada* (siguiendo la sistemática dominante) hay que examinar el contenido de la parte especial. Esta se ordena desde el punto de vista del *deber* jurídico infringido. Los delitos se clasifican en: delitos contra el deber de prestar el servicio militar, contra los deberes de los subordinados, contra los deberes del superior y contra otros deberes militares. Se concede, por lo tanto, la primacía a la infracción de un deber. Ahora bien, como el deber de que se trata se encuentra establecido en otra norma —no penal, generalmente en la ley de 19 de marzo de 1956, conocida con el nombre de *Soldatengesetz*, ley de los soldados— puede decirse que la antijuricidad penal, en la ley de 1957, es la infracción de una norma jurídica. El deliberado acento colocado en el concepto “deber”, significa, de acuerdo con una marcada tendencia de ciertos sectores de la literatura jurídico penal alemana, el abandono del criterio del bien jurídico como elemento sistematiza-

dor de la parte especial —y como esencia de la antijuricidad, que la dogmática tradicional venía colocando en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico— siendo posible que represente también un refuerzo del derecho con concepciones que estrechan las relaciones de éste con la moral (una moral social). De cualquier modo, no puede decirse que esta prioridad concedida a la infracción de los deberes militares implique el abandono de lo que se viene llamando, aunque, como observa MAURACH, con frase no muy feliz, “antijuricidad objetiva”.

También figura, aunque en plano subordinado, como criterio para determinar la antijuricidad de la conducta, el *interés jurídico* protegido por el derecho. Esto se manifiesta de manera clara en todos aquellos delitos, numerosos, en los que se establece o se agrava una imputación sobre la base de que se produzca una “consecuencia grave”. Por consecuencia grave hay que entender, según el párrafo dos, “todo peligro para la seguridad de la República federal de Alemania, la potencia combativa de sus tropas, la vida o la integridad corporal de una persona o para cosas de valor que no pertenezcan al autor de la infracción”. Así sucede, v. gr., con el delito de *desobediencia*, que deja de serlo, para convertirse en una contravención de tipo disciplinario, cuando no se da esa consecuencia grave de que acabamos de hablar.

Contribuye también a la determinación de la antijuricidad, en una serie de casos, el *medio* empleado. Por ejemplo, las maquinaciones engañosas para sustraerse al servicio militar dan lugar a una figura de delito distinta de la ausencia voluntaria, de la deserción o de la automutilación.

Conoce la ley, en algunos supuestos, *elementos subjetivos del injusto*. Por ejemplo, la intención de sustraerse permanentemente al servicio militar, que es lo que diferencia la deserción de la simple ausencia voluntaria (párrafo 16).

d') Sobre la *imputabilidad* no contiene la ley regla alguna, por lo que habrá que atenerse en un todo al Código penal común alemán de 15 de mayo de 1871, en la redacción recibida el 25 de agosto de 1953. Por consiguiente, es preciso que, en el momento de cometer el hecho, el sujeto no sea incapaz de comprender que no está permitido o que no sea incapaz de proceder de conformidad con tal opinión, a causa de una perturbación de la conciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu, debilidad mental o sordomudez (párrafos 51 y 55).

e') Sin prejuzgar el problema de si el *dolo* y la *culpa* (las formas o grados de la culpabilidad, en la nomenclatura tradicional)

pertenecen a la teoría de la acción o la culpabilidad, puesto que la ley no toma abiertamente partido a favor ni en contra de la teoría de la acción finalista (aunque me inclino a creer que la repudia, puesto que las fórmulas para las conductas dolosas y las culposas no se diferencian), lo cierto es que se sigue el mismo sistema que en el derecho común. Utilizando la terminología tradicional, diríamos que no hay delito militar sin culpabilidad, en cuanto es preciso que la conducta se realice, en todo caso, dolosa o al menos culposamente. Esta exigencia se consigna de modo terminante en muchos de los párrafos de la ley de 1957. El derecho militar, que es uno de los últimos reductos donde se batía la supervivencia arcaica de una responsabilidad objetiva, ha perdido esta nota en Alemania. Se exige en todo delito, repito, el dolo o la culpa. Allí, lo mismo que en el derecho militar español, la segunda forma de la culpabilidad (siempre usando la terminología tradicional), sólo se castiga cuando expresamente lo determina la ley. En principio es punible sólo la conducta dolosa. En los casos de duda hay que tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo 56 del Código Penal alemán, en su redacción de 1953: Siempre que la ley enlace una pena más grave en una especial consecuencia del hecho, sólo podrá imponerse esta pena al autor si la consecuencia ha sido producida, al menos, culposamente. Hay que entender, por consiguiente, que del Derecho Penal Militar alemán ha desaparecido todo vestigio de responsabilidad fundada pura y exclusivamente en el resultado.

f') Finalmente hay que añadir, respecto al delito militar, que la ley de 1957 sólo recoge los *delicta propria*; es decir, son delitos militares únicamente aquellos que son cometidos por militares o por personas que desempeñen una función militar en concepto de superiores (§ 1). Esto no excluye la *participación* de no militares, en virtud de la accesoriedad, sobre la cual hemos de volver. Así, pues, el *sujeto activo* tiene que ser siempre un soldado. La ley habla en algunos lugares de oficiales, suboficiales y tropa. Pero cuando habla de soldados se refiere indistintamente a todos ellos. Soldado, según la *Soldatengesetz*, es todo aquel que presta servicio militar (voluntario o no). No se ha tomado, por lo tanto, como módulo, el concepto de delitos *esencialmente* militares, aunque la mayor parte de los contenidos en la ley lo sean, sino que se ha precisado técnicamente mejor la diferencia con los delitos comunes; éstos son los que pueden ser cometidos indistintamente por militares o no militares. El párrafo 48, que considera como funcionarios públicos a los soldados, tratándose de delitos de cohecho y otros de los cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, aunque colocado bajo la rúbrica de "lesión de otros

deberes del servicio”, no altera lo que acabamos de decir, pues a mi juicio estos delitos siguen conservando su naturaleza común.

c) *Clasificación de las infracciones militares.*

No establece la ley de 1957 ninguna clasificación por la gravedad. Todas responden a la misma denominación: *Strafttat*, acto penal, o sea, delito. A diferencia del Código Penal común que mantiene la clasificación tripartita: crímenes, delitos y contravenciones. Las contravenciones o infracciones de menor gravedad constituyen, en el Derecho Militar alemán, los delitos disciplinarios, cuya regulación está sustraída a la ley de 1957 y no es ahora del caso examinar.

d) Las *eximientes* son las mismas que rigen para el Derecho Penal común. No obstante, se encuentran en la ley Penal Militar de 1957 dos preceptos específicos, referentes: el uno, a la obediencia debida y el otro al miedo ante un peligro personal. Ni una ni otra situación están previstas expresamente en el Código Penal. Ambas, sin embargo, se regulaban también, aunque no en los mismos términos que ahora, en el Código Penal Militar de 1872.

En cuanto a la *obediencia* la ley distingue entre el mandato y su obligatoriedad. El primero se define en el parágrafo 2: es toda orden de realizar una determinada conducta, con la pretensión de que se cumpla. El parágrafo 22 especifica una serie de supuestos en que el mandato no es obligatorio: cuando no ha sido dado con fines relativos al servicio, lesiona la dignidad humana o cuando su cumplimiento tenga por consecuencia la comisión de un crimen o de un delito. En estos casos la desobediencia no constituye infracción alguna, la conducta es conforme a derecho, *no es antijurídica*, y así lo dice la misma ley. La obediencia, supuesto que la ejecución de la orden (*no obligatoria*) implique la comisión de un crimen o de un delito, no exime de responsabilidad criminal. Sin embargo, el inferior no se considerará culpable si no sabía que al obedecer realizaba un acción constitutiva de crimen o delito, o si esto no tenía que ser notorio para él atendidas las circunstancias de las que tenía conocimiento. La ley de 1957 ha preferido como fórmula consignar tan sólo la excepción: “se le reputará sólo culpable cuando ésta (la acción) constituya un crimen o un delito y lo supiera o fuera notorio en consideración a las circunstancias conocidas de él”. También está previsto en el mismo parágrafo 5, a que me vengo refiriendo, el que “la especial situación en que el inferior se encontrase al ejecutar el mandato” aminorará la culpa-

bilidad; entonces se puede atenuar la pena o incluso no imponer alguna. Se consigue así una construcción correcta:

La obediencia a mandatos *obligatorios* constituye una *causa de justificación*. La conducta es conforme a derecho. Obsérvese que en el nuevo Derecho Penal Militar alemán la orden de cometer un crimen o un delito no es nunca obligatoria (§ 22). Pero sí lo es, siempre, la orden de cometer un hecho calificado como contravención (o sea, una falta), si se da con fines de servicio y no lesiona la dignidad humana.

La obediencia a mandatos antijurídicos *no* obligatorios dará lugar a una *causa de exclusión de la culpabilidad* en el caso de que el sujeto ignore que se trata de un crimen o de un delito. Ya no estamos en la obediencia *debida*. Sino en la teoría del error.

Esta doctrina sobre la obediencia se completa en el parágrafo 22, con la previsión de los casos en que el sujeto no cumple un mandato a) en la creencia equivocada de que ejecutándolo cometería un crimen o un delito, o bien, b) admitiendo erróneamente que no es obligatorio por razón distinta de la anterior. En el primer supuesto, si el error no es reprochable, queda exento de responsabilidad por el delito de desobediencia que en otra hipótesis habría que reputar cometido. En el segundo caso es posible una atenuación facultativa de la pena. También aquí estamos operando, no con la obediencia debida, sino con la teoría del error. Lo cual permite una construcción dogmática, a mi juicio, más correcta que la unitaria y hasta ahora dominante, de que en cualquier supuesto la obediencia constituye para el inferior una causa de exculpación en todo caso. Si el mandato es obligatorio, la obediencia constituye una causa de justificación, porque así lo dispone el legislador, aunque el mandato sea antijurídico, como sucede para la orden de cometer una contravención, actualmente, en el derecho alemán militar.

Respecto al temor o *miedo*, la redacción actual discrepa ligeramente de la anterior. Antes decía el parágrafo 49 del Código de 1872 en su redacción de 1940: "La lesión de un deber militar por miedo a un peligro personal se castigará lo mismo que la lesión dolosa del deber de que se trate". Ahora, más correctamente, a mi entender, dice el parágrafo 6, en términos más generales: "El miedo a un peligro personal no exculpa cuando el deber profesional exige arrostrar el peligro". Este problema del miedo, llamado en nuestro derecho insuperable, está resuelto de modo mucho más terminante y absoluto en nuestro Código de Justicia Militar, pues en él se dispone que en los delitos militares (los que están previstos en él) no se estimará para los militares la eximente de miedo insuperable de un mal igual o mayor. Creo que tanto en nuestro Código como en el alemán, el miedo es un estado anímico o emocional. Y que la eximente (cuando

el miedo reine) ha de construirse en función de la no exigibilidad de una conducta distinta a quien lo padece. No es una causa de inimputabilidad, sino de no exigibilidad. Ahora bien, partiendo de esta base, no repugna al pensamiento de la exigibilidad, que se niega en el miedo cuando se aprecia como eximente, el que el ordenamiento jurídico coloque en determinados supuestos más alto el nivel de esa exigibilidad. E incluso que afirme de antemano la exigibilidad de una conducta distinta cuando concurren o se dan determinadas circunstancias. Por ejemplo, en nuestro Código penal común, en el estado de necesidad, la obligación de sacrificarse por parte del necesitado impide que éste pueda invocar tal causa de exención. Del mismo modo sucede con el militar. Este no puede alegar el miedo cuando de cumplir un deber profesional se trata. La razón reside, a mi juicio, en que se le proporciona una educación que debe inmunizarle contra el miedo, en el sentido de enseñarle a superarlo. No quiere esto decir que, llegado el caso, no pueda apreciarse un trastorno mental transitorio, si el miedo alcanza una intensidad tal que llegue a extremos morbosos. En sentido análogo se pronunció en otro tiempo la opinión dominante en Alemania (KOLLMANN, ROMEN - RISSOM, von WEBER, SIEGERT, DÖRKEN y SCHERER), aunque con distinta fundamentación. KOLLMANN distinguiendo entre miedo superable e insuperable, DÖRKEN y SCHERER hablando de la violencia irresistible como causa aplicable, de exculpación, ROMEN-RISSOM, von WEBER y SIEGERT sobre la base de que el soldado, durante la guerra, tiene que contar en todo momento con la posibilidad de la muerte, pero no está obligado a ir a una muerte segura. En cambio, SCHWINGE, sostuvo (*Militärstragesetz-buch*, 4.ª edición, Berlín, 1940) que no podían establecerse estas distinciones, que nunca el miedo podía exculpar. Creo, sin embargo, que debe tenerse siempre en cuenta que la inimputabilidad constituye el límite. Si el miedo alcanza una intensidad tal que se convierte en causa de inimputabilidad, por generar una genuína psicosis o una perturbación mental transitoria, habrá que declarar la exención de la responsabilidad criminal, aunque ya, no por el miedo mismo, sino por las secuelas morbosas producidas o por la enfermedad mental a que dé lugar.

e). Sobre las *circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* (atenuantes y agravantes) conviene recordar que en el derecho alemán apenas si aparece alguna de ellas enunciada concretamente, como la reincidencia. En general, son circunstancias inominadas cuya apreciación queda en un todo al arbitrio del juez. En el derecho penal militar, sin embargo, se hace constar que "la embriaguez culpable no producirá una atenuación de la pena cuando el acto constituya un hecho penal militar o haya sido cometido en el

desempeño del servicio" Se equiparará a la embriaguez cualquier intoxicación análoga de otra clase" (§ 7). Una fórmula más rotunda todavía se encuentra en el Código de Justicia Militar español: La embriaguez, dice, nunca será atenuante para los militares (art. 186, *in fine*). La razón es obvia. Para los militares constituye un deber estar en todo momento en condiciones de poder desempeñar el servicio que se les encomiende. Y, concretamente, el no embriagarse es un deber, cuya infracción se castiga. La infracción de un deber profesional no debe dar lugar nunca a la apreciación de una causa de atenuación de la pena.

f) Para el *grado de ejecución* del delito no se da ningún precepto en la ley penal militar de 1957. Se aplican, por consiguiente, las normas establecidas en el derecho común. Y de acuerdo con ellas, en principio, el delito sólo se castiga cuando ha sido consumado. Por excepción, cuando así lo previene la misma ley, se castiga la tentativa. Entonces la propia ley lo dice. Por ejemplo, se castiga la tentativa en la desobediencia (§ 19), en la desertión (§ 16), la automutilación (§ 18), motín o sedición (§ 27), etc.

g) La *conspiración* sólo es punible, como delito independiente, cuando se trata del delito de insubordinación en los casos previstos en los párrafos 20 (denegación de obediencia), 23 (amenazas contra un superior), 24 (coacciones contra un superior), 25 (vías de hecho, también contra un superior), o 27 (motín).

h) En cuanto a la *participación*, sigue las normas del derecho penal ordinario. El único precepto especial está en el párrafo 1, al tratar de la esfera de validez de la ley, donde se establece que "el que no sea soldado será castigado igualmente con arreglo a los preceptos de esta ley en el caso de instigación o auxilio a hechos penales militares", resolviendo así el problema de la participación en los *delicta propria* en el sentido de la teoría de la accesoriedad. La cuestión de la participación de los *extranei* ha sido muy discutida en la doctrina alemana, especialmente en los delitos militares. Por ello es acertado el que se le haya dado una solución legal. Yo comparto también la fórmula elegida: son punibles el instigador y el que auxilia. En este punto se ha de tener presente que el concepto de auxilio en nuestro derecho penal está escindido, llevándose el auxilio necesario al artículo 14, donde se le equipara a la autoría, y el no necesario al artículo 16, denominando a quienes lo presten cómplices. En el derecho alemán no ocurre así. El auxiliador es siempre un cómplice.

i) Llegamos así al *sistema de penas*. Establece la nueva ley cuatro penas. A saber: *Zuchthaus*, *Gefängnis*, *Einschliessung* y *Strafarrest*. Es decir, traduciendo literalmente: reclusión, prisión,

encierro y arresto penal. Si quisiéramos encontrar la equivalencia con nuestras penas, considerando que la *Einschliessung* es la tercera de las penas en orden de gravedad, y variando la tradicional traducción de *Gefängnis* por prisión, las penas serían: reclusión, presidio, prisión y arresto penal. La *Einschliessung* es la *custodia honesta*, denominada antes *Festungshaft*, arresto en fortaleza.

La duración es:

¶ Para el arresto penal, de un día a seis meses. Tratándose de delitos militares, de una semana a seis meses.

¶ Para la prisión y el encierro: de un mes a cinco años.

¶ Para la reclusión, la misma que señala el Código penal común, que dispone que de no especificarse que es reclusión perpetua, su duración será de un año a quince.

No hay penas accesorias. No hay penas deshonorantes, como, v. gr., la degradación. Las consecuencias que las penas producen en la carrera militar se regulan en disposiciones administrativas. En la Ordenanza disciplinaria militar de 15 de marzo de 1957 están previstas penas disciplinarias que afectan a la carrera militar de un soldado, o a su vida militar.

2. *Parte especial.* — Prescindiendo de otros preceptos de la parte general, para no abusar de la atención de ustedes, quisiera, completar esta rápida ojeada sobre la ley penal militar alemana de 1957, mencionando al menos las figuras que comprende la parte especial.

Está, como antes dije, dividida en cuatro secciones.

La sección primera comprende en cuatro párrafos los siguientes delitos (bajo la rúbrica: hechos penales contra el deber de prestar el servicio militar): Ausencia voluntaria, desertión, automutilación y eludir el servicio mediante engaño.

La sección segunda, de once párrafos: la desobediencia, denegación de obediencia, incumplimiento por imprudencia temeraria de una orden, amenazas, coacciones y vías de hecho contra un superior, motín, conspiración para insubordinarse.

La tercera, con trece párrafos, abarca los malos tratos, el tratamiento degradante, el abuso de las facultades de mando con fines ilícitos, el inducir a un crimen o delito, aunque el inductor no haya conseguido su propósito, no dar curso a reclamaciones, tratar de influir en la administración de justicia, usurpación de facultades, abuso del poder disciplinario, omisión de cooperar a la formación del procedimiento penal y defectuosa vigilancia del servicio, todos ellos colocados bajo la rúbrica de "hechos penales contra los deberes de los superiores".

Finalmente, como "hechos penales contra otros deberes militares", recoge la sección cuarta el dar un parte contrario a la verdad,

la omisión de denuncia en determinados casos (motín, sabotaje), el abandono de la guardia, infracción deberes especiales derivados de haber encomendado al sujeto una misión especial, el uso antijurídico de armas, etc.

Sería por demás prolijo el entrar a examinar con algún mayor detenimiento todas o alguna de estas figuras. Creo suficiente indicar la sustancial coincidencia, aunque la técnica sea distinta, con las formas fundamentales que revisten también en nuestra legislación los delitos militares propios (*delicta propria*), es decir, aquellos que sólo pueden ser cometidos por militares. Las necesidades de un Ejército, si es que el Estado quiere mantener un Ejército, como sucede en Alemania, son esencialmente las mismas. De ahí coincidencias de terminología y de fondo en delitos y en problemas de política criminal.

* * *

Ahora bien, la ley penal militar alemana de 1957 deja abiertos grandes interrogantes. ¿Será suficiente la protección que la ley dispensa, para garantizar la eficacia del Ejército en el momento decisivo, esto es, el día que haya que empeñarlo en una contienda? Pues toda maquinaria bélica se prepara en la paz para el día en que haya de utilizarse. Esta es la prueba de la bondad de un método y de una organización. ¿Podrá compensarse con un elevado espíritu combativo, hasta el sacrificio de la vida como exige la profesión de las armas, la lenidad de las penas? ¿Hasta qué punto el soldado no profesional eligirá la perspectiva, a veces casi segura, de la muerte, frente a la alternativa de una pena privativa de libertad sujeta a las normas del derecho común? ¿No debía haberse dado entrada al pensamiento del bien jurídico, considerando que el mantenimiento del potencial militar exige una especial y mayor protección? Todos estos interrogantes y otros muchos del mismo orden que surgen con la lectura de la ley de 1957, no pueden ser contestados ahora. El hombre se encuentra de cara a un mundo nuevo en que las concepciones tradicionales son demolidas, no para desaparecer, sino para ser sustituidas por otras que responden a las mismas esencias, pero que tienen distintas dimensiones. A quienes vivimos el tránsito se nos hace en ocasiones difícil el cambio, pero el cambio se está produciendo. El problema del derecho penal militar, hoy y en el futuro próximo, no es un problema que soporte un planteamiento político asentado sobre unos marbetes llamados liberalismo, totalitarismo. Demanda con urgencia puntos de vista rigurosamente técnicos. De una técnica no fácil, que en el aspecto jurídico ha de conjugar, como en el derecho común, la justicia y la utilidad, estos dos pilares de las concepciones clásicas. Toda la vida moderna, en todos los sec-

tores, se está reconstruyendo hoy técnicamente. El experimento alemán que he tratado de poner hoy ante los ojos de ustedes, es fundamentalmente de este tipo, aunque con concesiones a una ideología que está en pugna con la naturaleza misma de lo que es un Ejército. Este es el valor de la nueva ley penal militar. Espero, como lo demuestra el que los hombres alemanes acudieron sin dudar a la recluta, que, no obstante, Alemania, con esta ley, pondrá en pie de poder combatir, llegado el caso, un ejército que responderá a su gran tradición militar. Si esto es así, habrá llegado la hora de revisar las concepciones que inspiran muchos Códigos penales militares.

No debo añadir nada más. Tan sólo me resta reiterar las gracias al Director del Colegio Mayor San Bartolomé por la hospitalidad que me ha dispensado, y a la Facultad de Derecho de Salamanca por darme ocasión de traer a estas aulas mi inquietud, que quisiera transmitir a ustedes, por los problemas de las relaciones entre el Derecho penal militar y el Derecho penal común, y por el estado actual del Derecho penal militar en Europa y en España.