

LA SUBORDINACION MILITAR EN EL MARCO DE UNA COOPERACION INTERNACIONAL: REPRESION DE LA INSUBORDINACION (*)

por Francisco JIMENEZ Y JIMENEZ

Teniente Coronel Auditor

SUMARIO: I. *Introducción:* Hacia una dimensión internacional del Derecho Penal Militar. Etapas a recorrer y objetivos a cubrir.—II. *El delito de la insubordinación en una esfera militar internacional:* Consideraciones generales. Especies delictivas. Sujetos del delito. Objeto o bien jurídico protegido. Elementos objetivos. Causas de justificación. Culpabilidad y causas de inculpabilidad. Penalidad. Circunstancias modificativas de la penalidad. Formas de aparición. Formas de participación. Concurso.—III. *Cuestiones planteadas por el enjuiciamiento de la insubordinación en una esfera militar internacional:* Validez de la ley penal en el espacio. Colisión de normas. Tribunales. Principios procesales. Auxilio jurisdiccional.

I

INTRODUCCIÓN

“Le Droit Pénal Militaire universel est né; le jugement de Nüremberg peut être considéré l'acte authentique de cette naissance.”

L. M. ROLLIN COUQUERQUE: *Lex praevia et Droit Pénal Militaire. Essai historique de Droit*, en “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé”, 1948, núm. 4, pág. 711.

Si en el pasado Congreso de Bruselas, pudo constatarse a lo largo del desarrollo del primero de sus temas lo que nuestro Secretario General, Profesor JACQUES LÉAUTÉ, llamaba *una juris-*

(*) Comunicación presentada al II Congreso de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et Droit de la Guerre. Florencia, mayo 1961.

diccionalización progresiva del poder disciplinario militar, hoy quizá podríamos hablar, en este II Congreso de la Sociedad, de un *creciente deseo de lograr una dimensión internacional del Derecho Penal castrense*, o al menos, tener una coordinación de estructuras penales de los diversos países, a fin de que las fuerzas armadas aliadas, cuya acción conjunta es impuesta con creciente amplitud y profundidad por la estrategia contemporánea, dispongan de una legislación penal militar común o coincidente, "inspirada en los principios generales que constituyen el patrimonio común de los Estados miembros", según frase del Protocolo Militar que acompañaba al Tratado instituyendo la Comunidad Europea de Defensa.

No se trata ahora, evidentemente, de un sistema penal militar universal. Es preciso centrarse en las dimensiones de una comunidad restringida, de un área de civilización quizá, donde tengan efectiva vigencia las normas culturales a que responde, renunciando a una dimensión universalista, en que la sincronización es prematura e inexistente. Hoy por hoy, sólo en espacios regionales, en áreas de culturas e intereses homogéneos o coincidentes, es posible la implantación de un común denominador jurídico, como en ciertos aspectos y grados existe ya en las comunidades eslavas y sudamericanas. Nuestro cada vez más denso clima de cooperación, la certeza de que, entre nuestras respectivas legislaciones y sistemas, son muchos más los puntos de convergencia que los de discrepancia, y de que la uniformidad penal es considerable en muchos puntos esenciales y susceptible de acercamiento en la mayor parte de los restantes, hace que veamos quedarse atrás el concepto de la "domestic jurisdiction", que cuando se trata de intereses comunes a naciones tanto dificulta la solución de los problemas que puedan presentarse.

Este sentido de unificación o de acercamiento, con abandono (por la vía de la superación) de concepciones nacionalistas estrechas, es hijo de un imperativo de convivencia, cuando no de subsistencia, al calor del cual se trabaja ya intensamente en la coordinación de acciones económicas, culturales y aun religiosas, y, desde luego, en la de armamentos, estrategia, estructuras parabélicas, etc. ¿Por qué no, pues, trabajar también en la coordina-

ción o unificación de dispositivos penales y procesales necesarios entre ejércitos aliados?

Ante esta progresiva gestación de una "disciplina común a la vista de intereses comunes", urge crear paralelamente una protección penal común que la defienda. Y por eso, la "Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de la Guerre", que en frase reciente de nuestro ilustre colega el Ministro GOMES CARNEIRO, es la expresión cultural del cosmopolitismo jurídico militar (que tantas organizaciones, alianzas y tratados posteriores a la Segunda Guerra Mundial patentizan como de deseable implantación), viene consagrándose a preparar el terreno para una acción conjunta, pensando, además, que al creciente grado de realidad e interés que esta cooperación ofrece siempre, ha de añadirse hoy una circunstancia nueva, no menos real e interesante: la colaboración entre ejércitos no es ya una improvisación surgida en medio de una guerra formal, sino que apunta a desenvolverse en situaciones de guerra fría o de guerra subversiva, y más claramente en plena paz, mediante los estacionamientos de tropas y de material que se ubica en territorios aliados, ofreciendo conflictos de normas aplicables, que requieren para su solución el moverse en una línea de menor presencia de sentimientos nacionalistas que pudieran entorpecer la creciente coordinación y solidaridad entre los ejércitos que se alían para un fin común.

Mas, si estamos seguros acerca de la dirección y aun de la meta de nuestros esfuerzos, no podemos estarlo tanto respecto de las *etapas a recorrer* y del ritmo de su cumplimiento. Son, en definitiva, oportunismos tácticos y decisiones extrapenales las que han de jalonar el camino.

1. Mientras se llega a un Derecho Penal Militar interaliado o supranacional, aplicado por Tribunales internacionales (desideratum marcado por la nonnata C. E. D.), y dado que, hoy por hoy, ha de acudir en amplia medida al Derecho Penal y Procesal de los Estados miembros, cabe pensar como necesario punto de partida, en el de la *interpretación y aplicación de tales normas nacionales* (especialmente en lo que concierne al imperio de los principios territorial o personal que juegan en los conflictos entre leyes del país de origen y del país de estacionamiento de las fuerzas militares) *desde el punto de vista de los intereses comunes*, que son

también, en una parte alicuota, intereses propios, bastantes a compensar —por vía de cálculo, ya que no de convencimiento o necesidad— los pruritos nacionales que hayan podido sacrificarse o recortarse, y que vienen impidiendo ver el hecho indubitable de que, no es lesivo para la soberanía de un país el ejercicio de la jurisdicción hecho en su territorio pero en el seno de las tropas extranjeras que temporalmente se encuentren en él, por la sencilla razón de que, siendo tal ejercicio un derecho recíproco, no puede haber sentido peyorativo en lo que parte de un principio de igualdad y sirve a intereses mutuos. Así, si los dispositivos y acciones jurisdiccionales castrenses funcionan normal y establemente incrustadas territorialmente en los respectivos países aliados, puede facilitarse el clima para una coordinación de hecho y de derecho, por las vías, siempre eficaces, del compañerismo y de la convivencia, obteniéndose en todo caso, un conocimiento auténtico del Derecho comparado, tan pródigo en sorprendentes analogías y paralelismos.

2. Simultáneamente —y ello es tarea en la que los miembros de la Société pueden prestar inestimables servicios— ha de laborarse para que, en las legislaciones donde todavía falta, se incluya, junto a una *salvaguardia penal* para tiempo de guerra y aun en tiempo de paz, de los ataques que los sujetos a aquéllas puedan hacer a la seguridad exterior de los Estados aliados, otra *salvaguardia específica para la defensa de los intereses comunes* fijados en las alianzas, especialmente las *relacionadas con la eficacia y normal funcionamiento del dispositivo militar de los aliados*. En todo caso, siempre resultarán de obligada protección penal conjunta (desarrollada en el Tratado de Alianza, que así contaría, a través de una especie de ley penal en blanco, con un conveniente empalme en la legislación interna normal de cada país), los siguientes intereses comunes:

- a) La disciplina militar, entendiendo como tal la que afecta a las relaciones jerárquicas entre superior e inferior.
- b) Otros fundamentales deberes castrenses que impone al militar su permanencia en un ejército.
- c) Los secretos militares.

d) La infraestructura común para la defensa y los otros medios materiales directamente conectados con la guerra.

e) El cumplimiento uniforme de las leyes y usos de la guerra, especialmente los suscritos por los Estados aliados, y las normas prohibitivas de represalias personales y captura de rehenes bélicos.

Naturalmente que este contenido penal mínimo podrá resultar ampliado, no sólo por la naturaleza más o menos estrecha de la coordinación de las fuerzas militares de que se trate, sino por la previa fijación de los intereses extrajurídicos comunes implicados en tal alianza (política de ocupación, de represión o de reconstrucción, economía de guerra, etc.). De la mayor o menor amplitud que se asigne a la acción conjunta dependerá, naturalmente, el que se desborden en mayor o menor grado los límites clásicos de la alianza militar para entrar ya en una línea de coordinación de esfuerzos económicos (tan esencial para la lucha armada de nuestro tiempo), de armonía de estructuras políticas o sociales y, en definitiva, de guerra total entre bloques, que si en el espacio no distingue entre vanguardia y retaguardia, en el tiempo tampoco tiene su arranque en la formal declaración de beligerancia, sino que ha de empezar con la antelación necesaria para conjurar el factor sorpresa e ir manteniendo el debido equilibrio de fuerzas.

3. Trabajando con los métodos del Derecho comparado, se podría llegar en otra etapa más fundamental, a una formulación homogénea y elástica de aquellos puntos que interesan a la eficacia de la pretendida acción penal coordinada o unificada; pero sin olvidar, entre otras sugerencias, la advertencia del Dr. JESCHECH de que, al valorar con criterios político jurídicos las soluciones encontradas, no nos dejemos impresionar por su bondad técnica o favor legislativo, olvidando la tradición jurídica y la construcción peculiar del ordenamiento jurídico al que han de aplicarse.

Podrían señalarse como temas de esta labor:

A) Fijación, no sólo de una terminología equivalente (concepto de: acto de servicio, país de residencia, de origen o de tránsito; personal civil que acompaña a los Ejércitos; Autoridad; Mando, etc.), sino, fundamentalmente, de unos principios penales comunes, como el "nullum crimen sine previa lege", retroactivi-

dad de la ley penal más favorable, imputabilidad condicionada a la capacidad de entender y querer, obediencia debida, fuerza irresistible, error, acciones "liberae in causa", culpa, extensión del delito militar, etc., etc.

B) Coordinación de las normas nacionales --si fuesen lo suficientemente próximas y completas--, no sólo en cuanto a figuras delictivas más importantes, sino en cuanto a su desarrollo penal a través de circunstancias y participaciones, especialmente en lo que atañe a penas equivalentes y política penitenciaria coincidente. Esta coordinación sería más fácil en la lucha penal contra las formas de guerra fría y subversiva, para cuya labor tipificadora podría construirse "ex novo", sin que existiesen para la coordinadora tradiciones que lastren la tarea.

C) Elaboración de un tipo de Bando u Ordenanza de Guerra del Mando Aliado, en el que, de modo circunstancial y sin destruir la soberanía y el instrumento penal castrense de cada nación comprometida en lucha coordinada, se unifique y complete el tratamiento legal que existe en cada país para los delitos contra los intereses comunes a tales fuerzas militares aliadas. La naturaleza penal de estas normas sería ya internacional, por tener su origen en el libre acuerdo de alianza de Ejércitos, del que arranca el Mando Militar unificado, al cual se asigna la potestad de dictar bandos o normas dentro de ciertos límites. La soberanía de los países afectados por tales Ordenanzas de Guerra --de naturaleza circunstancial--, no se compromete, puesto que ya fué actuada cuando se decidió la cooperación militar, en desarrollo de lo cual y por consecuencia de las necesidades del funcionamiento de los Ejércitos, se jerarquizan sus elementos --aun perteneciendo a diversas naciones--, y como imperativo de la Jerarquía, se les somete a una Disciplina, que comporta deberes de subordinación y obediencia entre todos los sujetos a la misma. La trascendencia de esta fórmula no está sólo en el alcance internacional de las normas penales contenidas en los Bandos, sino que en su desarrollo procesal puede llevarse a cabo por órganos o Jefes no nacionales, fuera de los cauces territoriales o propios del justiciable.

D) Garantías procesales mínimas para todos los reos, sin distinción del Ejército a que pertenezcan o Tribunal que los juzgue; pudiendo tomarse como base los preceptos correspondientes de la

Declaración de los Derechos del Hombre, y el contenido del número 9 del art. 7 del Tratado de Londres, los arts. 99 y siguientes del Convenio de Ginebra, de fecha 12 de agosto de 1952, sobre prisioneros de guerra.

E) Fijación y extensión progresiva de la ayuda mutua policial y jurisdiccional.

F) Señalamiento de cauces u organismos, jurisdiccionales o no, que resuelvan discrepancias, coordinen aplicaciones e interpretaciones dispares, dicten arbitrajes y lleven al establecimiento de Tribunales Militares supranacionales, quizá con un inicial campo de acción poco sujeto a controversia (crímenes de guerra —deparando la experiencia y acuerdos existentes y tratando de buscar principios comunes y tipificación previa—, prisioneros de guerra, etc.), para pasar luego a juzgar infracciones contra intereses comunes a los Ejércitos aliados, bien con arreglo a leyes nacionales, bien a normas comunes a todas las fuerzas armadas que actúan conjuntamente, o bien según preceptos determinados para cada caso por bases preestablecidas.

En definitiva, no conviene ahora cargar el acento de nuestra preocupación en sí la protección penal de los intereses militares comunes se actúa o no por órganos internacionales. En el actual estadio de la evolución quizá baste y quizá no se pueda ir más lejos, conque las legislaciones nacionales no dejen impunes a quienes ataquen tales intereses. Lo importante, hoy, es que el bien jurídico se proteja. Importa el "qué" más que el "cómo". Ya se hará el trasvase de lo penal internacional a lo internacional penal. Ya se sustantivizará lo que hoy es adjetivo. Mientras, la experiencia lingüística de los países occidentales no nos señala como gran obstáculo para entenderse, el que unas u otras partes de la oración vayan delante o detrás... Es más eficaz seguir la ruta que preconizaba nuestro ilustre colega el General VITTORIO VENTRO, al recomendar que se hicieran permeables los sistemas penales castrenses de cada país, huyendo de los compartimentos estancos, para, como con el mecanismo de los vasos comunicantes, posibilitar y allanar el camino a una estructura jurídicopenal y orgánica de naturaleza supranacional. Y en esta línea, el magnífico ejemplo de espíritu y forma de trabajo coordinado, que desde hace cerca de diez años vienen realizando los colegas de los países nórdi-

cos, no sólo ofrece la garantía de una compenetración personal de incalculable alcance, sino que supone una interesante orientación para perseverar en una dinámica de acercamiento en puntos concretos (quizá éste de la insubordinación), trabajando simultáneamente por marcos regionales (flexiblemente determinados en razón de afinidades geográfico culturales o de las que muestre la legislación comparada), y coordinando luego los resultados.

II

ASPECTOS PENALES DE LA INSUBORDINACIÓN EN UNA ESFERA MILITAR INTERNACIONAL

"A fin común, disciplina común. A disciplina común, derecho penal común, porque éste es su prolongación natural y asegura la homogeneidad del conjunto, que se dañaría con un tratamiento heterogéneo."

J. MERCIER: *Problemas penales planteados por la colaboración militar internacional*. Comunicación al I Congreso en Bruselas de la "Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de la guerre"; 1959.

CONSIDERACIONES GENERALES.—Todos los componentes de los Ejércitos tienen que estar insertos en un vínculo jerárquico, que coordine en una relación de dependencia funcional, a los que están situados en distintos planos, lo que sustancialmente supone para los superiores: Jerarquía y Mando, y para los inferiores: Subordinación y Obediencia.

Superior es un término contrapuesto a inferior dentro de una relación jerárquica articulada para el servicio. Se es Superior respecto de los demás que tengan menor grado en las escalas militares (sensiblemente análogas o equiparables entre las diversas fuerzas armadas), o se es por razón del cargo, dada la autoridad, mando o jurisdicción que lleva anejo para el desempeño de sus funciones.

La Jerarquía supone, pues, posición de superioridad en esa estructura articulada, en ese orden vertical en que están colocados los distintos miembros, debiendo ostentar en la cúspide la

más sólida unidad, sin perjuicio de las especializaciones técnicas a que haya lugar.

El Mando es potestad única e indivisible, que radica en el Jefe y se proyecta sobre los inferiores en orden a las misiones y deberes a cumplir. Esta facultad de gobierno, lleva implícitas la de dictar órdenes y la de hacerlas cumplir.

La Subordinación es la dependencia jerárquica del inferior respecto del superior, que se traduce en un vínculo de respeto y acatamiento.

La Obediencia es el deber de cumplir lo ordenado por el que manda, deber que en la esfera militar se hace más rígido e insoslayable. Como dice el Reglamento General de Deberes Militares del Ejército mejicano: "El principio vital de la disciplina es el deber de obediencia. Todo militar debe tener presente que tan noble es mandar como obedecer, y que mandará mejor quien mejor sepa obedecer".

Sin perjuicio de mayores precisiones cuando examinemos el campo de acción en que se mueven las diferentes especies delictivas de la insubordinación, adelantemos aquí nuestro entendimiento de la sustancia de dicho delito como infracción por el militar de sus deberes profesionales de obediencia al superior y de respeto mutuo entre superiores e inferiores.

Aunque la caracterización de este delito depende de la estructuración de figuras que pueden hacerse, adelantemos aquí para facilitar el enfoque del tema, que es un delito eminentemente profesional que se comete intencionadamente en sus variadas formas individuales y colectivas y que lesiona directamente la disciplina militar. En principio, es una infracción predominantemente material y de acción, en las figuras del maltrato a su superior o del abuso de autoridad; y formal, con abundantes modalidades omisivas, en las figuras de desobediencia. Normalmente es un delito simple, pero muchos supuestos del maltrato a superior y del abuso de autoridad responden a una naturaleza de delito complejo.

ESPECIES DELICTIVAS.—El subtema de la "Subordinación militar en el Derecho comparado", aportará, sin duda, un completo muestrario de tipos legales con que las legislaciones de cada país proveen a la incriminación de las conductas lesivas de la subordinación militar. Es a su vista cuando podrán determinarse mejor

los aspectos esenciales y coincidentes, y aquellos otros que pueden parecer accesorios o de discutible incorporación a un dispositivo penal común, destinado a proteger el deber de subordinación dentro del marco de una cooperación militar entre naciones. Pero sí parece ser de este lugar, el expresar nuestro pensamiento de que esa tipificación no ha de resultar demasiado casuística y precisa. Y ello por las siguientes razones:

a) El estado embrionario en que se encuentra el proceso formativo de un derecho penal militar entre naciones no permite avanzar en precisiones y acuerdos sobre detalles.

b) Si se integrase en este sistema de cooperación nacional el pensamiento y práctica jurídica anglosajona, forzosamente habría de flexibilizarse más la incriminación, a la vista de sus concepciones penales, más ligadas al caso que al tipo.

c) Por ser un delito profesional, que ataca deberes profesionales igualmente esenciales para todo militar, cualquiera que sea el Ejército a que pertenezca, son utilizables o coordinables la mayor parte de las estructuras penales de cada país, con sólo darles una dimensión internacional, transmutando la objetividad jurídica lesionable —disciplina militar del Ejército nacional—, por la que ahora resulta de los intereses pactados —disciplina militar común de los Ejércitos aliados.

Es más difícil que esto el llegar a una transmutación de la mentalidad del sujeto activo del delito —nacional de un país, aunque profesional de un Ejército—, a la hora de acatar sin reservas ciertas órdenes dadas por Jefes ajenos al Ejército de su Nación. Sin duda es labor de largo aliento desarrollar la sensibilidad y conciencia comunitaria de los militares de diversos países unidos por una misma relación jerárquica, la cual correría menos riesgo de conculcarse si al principio sólo se tratase de Oficiales, verdaderos profesionales de la Milicia quizá formados en dicha línea de cooperación internacional, y si la integración se desarrollase sólo "en la cumbre" o en grados intermedios de la Jerarquía.

Ese cotejo de legislaciones utilizables y esas analogías sustan-

ciales que, sin duda, surgirán del mismo, han de permitir como hemos dicho, no sólo decantar y centrar la idea-núcleo de los tipos básicos de la insubordinación, sino ir fijando en el grado y extensión que sea posible alcanzar, sus diferentes matices, y en especial los tipos agravados y los privilegiados. Y al mismo tiempo, podrá hacerse el deslinde respecto de los casos límite o delitos contiguos, que las legislaciones o la doctrina involucran frecuentemente bajo la misma rúbrica, como pasa con la ley penal de la Marina Mercante española: Título II, Capítulo II: Delitos contra la disciplina: Sedición. Insulto a superior. Desobediencia. Abuso de autoridad. Abandono de buque y Abandono de servicio; o como sucede con el Código de Justicia Militar de Marruecos de 21 de noviembre de 1956, cuando incluye delitos de: Sedición, Insubordinación, Malos tratos de obras e injurias hacia superiores. Injurias contra el Ejército y la Bandera, y Rebelión. Otras veces, en cambio, se dejan fuera de ella en tal rúbrica o capitulado, ataques a la disciplina, cuál los abusos de autoridad, las insubordinaciones colectivas (reales —art. 295 del Código castrense español—, o sospechadas —art. 299 del mismo—), la apología de la insubordinación (art. 301), o algunas formas, graves o leves, de la inobediencia.

Mas en tanto que con mayores y mejores elementos de juicio sea posible llegar a precisar las figuras delictivas de la insubordinación, nos es necesario para ulteriores desarrollos, hacer algunas delimitaciones y caracterizaciones provisionales del campo penal en que ha de moverse esta parte de nuestro ensayo. Y así estableceríamos el siguiente esquema de tipos delictivos sobre qué trabajar:

A) Tipos básicos:

a) Maltrato a superior: al militar que con ánimo de causar a un superior daño físico o moral, emplee vías de hecho, amenazas o injurias.

b) Desobediencia: el militar que incumple lo que legítima y concretamente le mande un superior, de una manera explícita (rechazando abiertamente el cumplimiento de la orden) o implícita (dejando de cumplirla o retardando maliciosamente su ejecución).

c) **Abuso de autoridad:** el superior que usa indebidamente sus atribuciones de mando, causando directamente perjuicio al inferior.

B) **Tipos cualificados:**

a a') **Maltrato de obra a superior:**

a'') Causando homicidio o lesiones graves.

b'') Al frente del enemigo o en circunstancias graves.

c'') Actuando en grupo.

d'') En acto de servicio.

a b') **Amenazas:**

a'') Tentativa de violencia con armas.

b'') Al frente del enemigo o en circunstancias graves.

c'') Actuando en grupo.

d'') En acto de servicio.

a c') **Injurias:**

a'') Injurias graves.

b'') En acto de servicio o en circunstancias graves.

b) **Desobediencia:**

a') **Desobediencia en grupo.** Consignamos aquí nuestro entendimiento de algunas formas del delito español de sedición militar (que no tiene nada que ver con el delito común de sedición, ni tampoco con el de sedición militar del Código italiano), como otro delito más contra la disciplina, de la cual es un ataque, potenciado por el número pero sustancialmente idéntico al que supongan los delitos de insubordinación individual. Esta desobediencia en grupo (que, ciertamente, tiene matices especiales), viene a coincidir con el delito mejicano de asonada, con el italiano de amotinamiento, con el alemán de revuelta o con el suizo de motín: en todos cuyos respectivos cuerpos legales castrenses figuran como delitos contra la disciplina militar.

- b') Al frente del enemigo, o en circunstancias graves.
- c) Causando daño especial con el incumplimiento de la orden.

C) Tipos privilegiados:

- a) Maltrato a superior:
 - a') Carácter leve de las violencias o injurias.
 - b') Haber precedido inmediato delito de abuso de autoridad u otro delito de que fuese víctima el inferior.
- b) Desobediencia:
 - a') Escasa trascendencia del incumplimiento.
 - b') Objeciones de conciencia.
- c) Abuso de autoridad:
 - a') Carácter leve del perjuicio causado.
 - b') Exceso en el ejercicio de la facultad de corregir.

SUJETOS DEL DELITO.—a) *Condición.*—Sólo un círculo de personas dotadas de una determinada condición jurídica —*militares*—, podrán ser sujeto activo y pasivo del delito de insubordinación, ya que su contenido entero se mueve en el marco de los deberes profesionales que impone la colectividad armada, tanto si es nacional como si se desenvuelve con carácter internacional.

El problema principal se plantea a causa del progresivo ensanchamiento (por exigencias de la guerra moderna y secuela de la ampliación de competencias) del círculo de los tenidos por militares, comprendiendo en él, no sólo a los que con carácter profesional y permanente están destinados para el mando o servicio en unidades combatientes o cuerpos técnicos, sino a los que con carácter auxiliar desempeñan transitoriamente sus cometidos en cualquiera de las Dependencias del Ejército, forzando así una asimilación militar, no tanto a los efectos procesales de competencia como a los penales de hacer posibles reos de algunos delitos castrenses a paisanos movilizados o militarizados, y aun a obreros, cualquiera que sea su sexo, que trabajen en fábricas o establecimientos militares y delincan en determinadas circunstancias. Tal situación puede conducir a la exigencia de responsabilidades ca-

racterísticas de una profesión que les es ajena, y cuyas esencias no pueden penetrarles sino superficialmente, pues siguen desempeñando cometidos laterales a la milicia. Para quienes no estén profesionalmente ligados por el vínculo de la disciplina castrense ni vistan uniforme militar, la vía disciplinaria y los cauces ordinarios para castigar las actitudes contra la Patria o las instituciones del Estado, parecen modos de tratar estas conductas más naturales y más respetuosas con la esencia del delito de insubordinación, propio de los profesionales de la milicia, quienes, a efectos penales (los de competencia pueden ser distintos), no cabe sean objeto de interpretación extensiva.

Sin embargo, hay que decir que esta cuestión apenas puede tener trascendencia en caso de cooperación de Ejércitos, porque las relaciones en el plano internacional sólo se darán, normalmente, entre militares profesionales y soldados que, prestando servicio en filas, tienen ya formación suficiente en orden a la esencia de la disciplina, e incluso han podido adquirir conciencia de la antijuridicidad de la acción insubordinada, a través de una previa lectura de leyes penales o militares, especialmente si va seguida de una clara explicación que permita captar su significado. Pasa, pues, a segundo plano la cuestión de si han de inculparse en las relaciones entre Ejércitos las insubordinaciones en que pudieran intervenir sujetos pertenecientes a la reserva, a la Policía, a la escala de Complemento, o bien sean paisanos que estén circunstancialmente asimilados a determinados grados militares por razón de sus trabajos en producción de guerra, defensa civil de poblaciones, etc., porque entonces, o este personal actuará en esferas alejadas y distintas, o estará integrado en los mandos militares internacionales con suficientes formalidades, homologaciones jerárquicas y condiciones como para no dar lugar, por razón de su origen, a tratamiento diferenciado respecto de los demás militares nacionales.

También nos parece claro que la fuerza imperante que puedan ejercer los Jefes de Estado y Ministros de departamentos castrenses, aunque sean civiles, sobre los militares de las respectivas naciones, se mueve en el marco de las relaciones jerárquicas internas, de naturaleza predominantemente político administrativa; pero desde el momento en que cada Estado a través de su

Jefe, ha suscrito acuerdos de cooperación militar, habrá que referir la jefatura del mando castrense en su proyección internacional, al Comandante en Jefe de las fuerzas de la nación respectiva, sin duda designado por dichas superiores jerarquías del país de origen. La cuestión más urgente y primordial radicará en que se reconozca una previa relación de jerarquía militar, para que, como consecuencia de la graduación o de la situación de mando, puedan siempre quedar penalmente protegidas de modo uniforme las relaciones jerárquicas y funcionales de cada Jefe de Ejército y mandos subordinados con el General en Jefe de los Ejércitos aliados y su Cuartel General, sin distinción de nacionalidad de sus componentes; así como también el que se discipline uniformemente las relaciones de los oficiales de un Ejército estacionado en un país aliado con el Mando Militar del territorio en que se encuentren.

b) *Categoría.*—La esencia del delito de insubordinación exige que los sujetos activos y pasivos de sus respectivas formas de comisión sean, además de militares, superiores o inferiores entre sí, según los supuestos de que se trate. Así, lógicamente, el maltrato a superior en cualquier forma y la desobediencia, habrán de tener un sujeto activo inferior y uno pasivo que sea superior a él en la línea jerárquica o de mando. En cambio, el abuso de autoridad se proyectará desde superior a inferior.

Ya precisamos más arriba los conceptos de superior e inferior, indicando expresamente que el primero podría serlo por razón de su graduación militar o también por la de mando conferido, que puede recaer, accidentalmente o no, sobre persona que no ostente la mayor categoría militar. lo que claramente sucede en la cada vez más creciente esfera de los servicios técnicos, donde la complejidad de la especialización puede llevar a decisiones de mando sólo propias del que, independientemente de su grado militar, tiene a su cargo el servicio en atención a los conocimientos especiales requeridos para su funcionamiento. En lo que concierne a éste, en el desarrollo de las decisiones y mandatos que para tal servicio técnico hayan de tomarse, no pueden interferirse órdenes o actitudes de signo contrario, aunque dimanen de militar de superior graduación. Al buen régimen de la institución armada corresponde el alejar de cada campo de acción especializado, de cada

servicio específico, los funcionarios ajenos a él que tengan mayor empleo que quien está al frente de tales cometidos, o en otro caso, referir al Mando superior, directamente o por delegación, las decisiones concernientes a ellos, para que, haciéndolas dimanar de la Jefatura, no puedan suscitar reservas de obediencia en los superiores en empleo a quienes puedan militarmente afectar. Huelga decir que éste relativo apartar o postponer al superior en grado, es sólo dentro del marco estricto de la función técnica, cuando así sea necesario para su desarrollo, y sin mengua de los deberes generales de subordinación que en todo lo demás del servicio deba el inferior en empleo al que le sea superior, o de los deberes de respeto y consideración que asimismo debe fuera del servicio.

Estas delimitaciones derivadas de la función del servicio específico, nos esclarecen el sentido y alcance de la compartimentación jerárquica por Unidades militares o clases de Ejército (de Tierra, de Mar, de Aire), y sobre todo, nos ponen en la pista de resolver posibles conflictos de obediencia entre militares de distinto grado y nación haciendo prevalecer la superior entidad del mando interaliado que actúe en función del mismo, sobre la superioridad de empleo que nacionalmente pueda ostentarse, aunque este superior pueda, a su vez, exigir de todo militar de Ejército aliado que le sea inferior en grado, un deber de respeto jerárquico en los demás actos de la vida militar en que actúen en común, y otro de consideración, aun fuera del servicio, representativo, según antigua doctrina mejicana, de la "actitud formal que presta una solemnidad indispensable y básica para la conservación de la disciplina".

OBJETO O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.—Lo acabamos de nombrar: es la disciplina. Cualquiera que sea la anchura que se dé al campo de los delitos de insubordinación, siempre figurará en el centro de la tutela hecha al incriminarlos, la disciplina militar de las fuerzas armadas, nacionales o internacionales.

En el anterior Congreso de Bruselas tuvimos ocasión de conocer interesantes precisiones acerca del sentido de la palabra "disciplina", descartando desde un principio aquellas acepciones alejadas de nuestro objeto, como son las que refieren tal voz a las ideas de: instrumento para azotar, doctrina o asignatura espe

cífica, y aun también las que son simples efectos parciales de la disciplina castrense (en el sentido general que luego veremos), tales como:

a) Espíritu militar, hijo de una buena instrucción, que impera en la colectividad armada y hace a sus miembros "disciplinados".

b) Orden que ha de ser acatada e impuesta, incluso a las personas seguidoras del propio Ejército y a todos los que lo desconozcan o ataquen (disciplina "ad extra").

Dicho sentido general es el que la entiende como, "norma de conducta social, con análogas características formales que el Derecho, del que se diferencia en que su esfera de aplicación no es toda la Sociedad, sino sólo un grupo profesional, cuyo comportamiento cuida con mandatos a sus miembros, mandatos que son de presión más intensa y severa que las prescripciones jurídicas, apuntando a la realización de unos valores de obediencia, subordinación y respeto mutuos, necesarios a la vida de la colectividad castrense" (GALINISO MORALES).

El realce del deber de obediencia, derivado de la relación jerárquica en que mutuamente se encuentran los diversos miembros del Ejército, ha individualizado un último y restricto sentido de la palabra disciplina: el que la refiere a los deberes de subordinación y respeto al superior y a los de éste hacia sus inferiores, como consecuencia del vínculo jerárquico en que ambos están insertos. A este sentido se ciñen los delitos de insubordinación que aquí tratamos y el deber de subordinación que se trata de proteger en el marco de una cooperación militar entre Ejércitos aliados.

ELEMENTOS OBJETIVOS.—Entre una configuración del delito de insubordinación, vaga ("ataque a la disciplina") o tautológica ("actitud insubordinada"), que no sirve las mínimas exigencias del indeclinable principio de legalidad, y una descripción típica minuciosa, lejos de poderse alcanzar hoy, hemos de quedarnos aquí en una caracterización de las esencias de tal delito, a través del examen de sus requisitos básicos y de la problemática fundamental que va inserta en él, la que, sin duda, requiere más profundos y particulares desarrollos (cual el hecho para la obediencia debida en el *rapport* español del Profesor RODRÍGUEZ DE VESA), que aquí

desbordarían los límites de espacio y quizá de superficial generalización a que responde este trabajo.

Ya vimos que, ofendido y ofensor tienen que ser militares ligados por una relación jerárquica. Ya veremos, al tratar de la culpabilidad, que la esencia subjetiva de este delito está en la intención del inferior de desconocer su posición respecto del superior, atacándole directamente o limitando las facultades de su jerarquía, y también en la de este superior menoscabando la dignidad del inferior, al que causa perjuicio. Ahora toca ver en qué forma activa u omisiva se exteriorizan esos comportamientos contrarios al deber de subordinación entre militares aliados. Mientras la tipicidad no delimite esta provincia del injusto, las precisiones sobre las modalidades de las posibles acciones antijurídicas, no tienen otra razón de ser que la de plataformas provisionales sobre que montar, con un cierto sistema, breves consideraciones derivadas de los supuestos pensados para que, sobre el cañamazo así urdido, se puedan incrustar luego esos estudios especializados a que aludíamos más arriba, una vez se hayan alcanzado, en el plano de fuerzas aliadas, las concreciones y articulaciones precisas.

Resta decir que, en todos los supuestos a que nos referimos, podrían darse simultáneamente una antijuridicidad supranacional y otra nacional, que si con una prevalente aplicación y clara determinación de la primera, se ha logrado dejar de jugar en el enjuiciamiento de los militares que se insubordinen en actos de servicio afectantes a ejércitos aliados, sin embargo, puede enturbiar la visión profana del caso, si al comparar ambos tratamientos penales se observan acusadas diferencias, que es deseable evitar desde el primer momento.

A) *Maltrato a superior.*—La acción del inferior contra el superior, cuya condición conoce y no respeta el militar insubordinado, contiene, además, el resultado lesivo de la integridad física o del patrimonio moral de la víctima, con los variados alcances (muerte, lesiones, ligeras violencias, libertad o dignidad amenazada u ofendida, etc.) que se precisan en los diferentes tipos de delitos de muchos códigos penales. Aun cuando, como venimos diciendo, el bien jurídico inicialmente protegido es la disciplina militar, pueden, además, conculcarse con el maltrato a superior en sus diversas formas, otros bienes jurídicos cual la vida, integri-

dad corporal, libertad u honra del mismo, y es de desear que, la regulación que se alcance, atienda a tres puntos de especial interés en estos delitos complejos:

a) Que si se hace referencia a los efectos del ataque al superior, no sea bajo un mismo título incriminador que nos sitúe ante un típico delito cualificado por el resultado, sino que los bienes jurídicos conculcados —disciplina militar por un lado e integridad física o moral del superior por otro— resulten diferenciados en la incriminación, aunque por las reglas del concurso de delitos pueda llegarse a una pena unificada.

b) Que además de especificar con la posible claridad cuál sea la clase de daño al superior que podría concurrir con el daño a la disciplina, se dejen discrecionalmente al margen aquellos perjuicios que por su levedad, intrascendencia o motivación personal (violencias ligeras, ofensas leves o en ausencia del ofendido, móvil particular, etc.), pueden remitirse a los cauces disciplinarios o comunes, sin llevar obligadamente a la actuación de los posibles Tribunales interaliados.

c) Que para fijar la cuantía de la pena asociable a esta conducta insubordinada, se puntualice el mecanismo de aplicación de pena en este posible caso de concurso de delitos.

B) *Desobediencia*.—Importa afirmar desde el principio, que cualquiera que sea la forma y grado del incumplimiento de órdenes recibidas, la acción antijurídica no se proyecta aquí contra el superior por el hecho de serlo, sino contra la orden válida que haya podido dar.

Aun cuando caben gradaciones y matices en la desobediencia e incluso puede convenir que muchos de ellos queden en el marco disciplinario, parece deseable que no se trasladen a las desobediencias entre militares de distintos países, especificaciones terminológicas (que requieren unidad idiomática) de dudosa utilidad, pues hay una sustancial equivalencia entre todas las posibles formas de llevar a cabo el incumplimiento de órdenes recibidas, y con todas se produce un daño a la disciplina. Otra cosa es que la pena

pueda graduarse en razón de las circunstancias determinantes de tipos agravados o atenuados, e incluso, como apuntamos más arriba, que puedan degradarse a la categoría de contravenciones los intrascendentes incumplimientos de órdenes, o las reservas, retardos o inexactitudes en su desarrollo, siempre que el desajuste no haya producido perjuicio moral o material al servicio. A lo sumo, podrían individualizarse: a), una desobediencia abierta, explícita a una orden concreta, imperativa o prohibitiva, y b), la larvada y puramente omisiva inobediencia a las órdenes del superior, más visible a través de los hechos que de las palabras y actitudes rotundas; un puro no hacer más que un franco hacer lo contrario de lo mandado y debido.

Sólo generan obligación de obedecer las órdenes ajustadas a Derecho. Para establecer la legitimidad de una orden se ha de atender a sus presupuestos sustanciales y formales. Así, en cuanto a los primeros, la orden ha de implicar un verdadero y propio mandato, no bastando la mera advertencia, consejo o exhortación del superior, ni tampoco el encargo, la instrucción o el genérico deber de servicio. Tal mandato se ha de circunscribir a los actos del servicio militar, o por lo menos, ha de estar estrechamente relacionados con los mismos, no lastimando el decoro o dignidad del inferior. En principio, la ley no permite que el superior dé mandatos antijurídicos, pues en un plano abstracto, la voluntad del órgano es válida en tanto que coincida con la voluntad de la ley. Por eso la obediencia no es debida si el mandato tiene un notorio contenido delictivo o se prueba que, aunque no fuese notorio, era conocido del inferior inobediente. Los presupuestos formales son: la competencia del superior respecto del inferior y las formalidades legales esenciales que el mandato ha de revestir.

No es, pues, siempre antijurídica toda desobediencia. Hay órdenes cuya obediencia no es debida, careciendo el mandato de fuerza vinculante respecto del inferior. Ni en la esfera civil ni en la militar la obediencia ha de ser ciega y a despecho de la posible antijuridicidad del mandato. Una cosa es la obediencia inmediata y otra cosa la obediencia ciega. Mas puede suceder que existan mandatos en el fondo antijurídicos, y que, sin embargo, deban ser obedecidos porque la orden tenga apariencia de legalidad material y no conste al inferior la dicha ilegalidad del mandato.

Nuestro colega el Profesor RODRÍGUEZ DEVESA sostiene que, en razón de ser esencial en el Ejército el que las órdenes relativas al servicio se cumplan pronta y fielmente, no es admisible la “remonstratio”, la discusión de la orden, debiendo confiar en el superior, presumir la legalidad intrínseca de aquella y aun obedecerla si tiene duda, pues corre el riesgo de equivocarse en el examen jurídico de su contenido incurriendo en responsabilidad criminal o disciplinaria por desobediencia. Pero, desde el momento en que, siendo claro el carácter delictivo del mandato, puede culparse al inferior que obedece, creemos que este puede y debe examinar al menos esta suerte de ilegalidad material y también la legalidad formal de la orden (que puede darse en condiciones anormales: embriaguez, alteración mental, etc.), que por otra parte, como ya se dijo anteriormente, tampoco genera obligación de obedecer fuera de los actos de servicio, por lo que, asimismo este aspecto cae dentro de la posibilidad de previo examen. Naturalmente que queda sujeto a las consecuencias de este examen y que sólo por la vía del error probado podrá el inferior evadirse del castigo de su desobediencia, si a pesar de la apreciación que hizo, la orden era de obligatorio cumplimiento. Pero esta exención de responsabilidad, especialmente si obedece a error sobre la ilegalidad del mandato, pertenece a otro lugar. Aquí solo hemos traído unas síntesis de la doctrina en torno a la cual podría instrumentarse un tratamiento común del deber de obediencia, que está en la médula del delito de insubordinación que se examina.

C) *Abuso de autoridad*.—Al uso de las facultades de mando más allá de lo que la función exige y la ley permite, se ha de añadir el que, la extralimitación arbitraria de atribuciones cause un perjuicio concreto al inferior, directamente emanado del abuso. No se incrimina como delito de insubordinación militar cualquier desviación en el cumplimiento de los deberes que impone al superior su permanencia en el Ejército, sino sólo aquella proyectada sobre el inferior al que moral o materialmente perjudica con su extralimitación. No se protegen indistintamente los deberes del servicio, sino sólo el de disciplina, que sostiene la línea jerárquica y que se puede conculcar también por el superior, al que incumben deberes de respeto personal y funcional para con el inferior.

Se ha de decir, sin embargo, que los límites del ejercicio del

mando no pueden tener una rígida determinación *a priori*, por lo que hay que entenderlos con fluidez susceptible de acoger las variables y críticas circunstancias que legitiman conductas de ordinario reprochables. Tocamos con ello la exención de responsabilidad que, derivada del cumplimiento de deberes militares ajenos a la función de mando, exculparían supuestos especiales de represión que luego veremos, y que pueden generar responsabilidad criminal para el superior que no actúa adecuadamente, aunque cause con tal actuación un perjuicio al inferior. Y en el otro extremo, tocamos el problema de los límites normales del poder de corrección, materia singularmente delicada cuando se trate de relaciones disciplinarias entre militares de distintos países, de un lado por la especial susceptibilidad que puede imperar, agudizando las reacciones subjetivas, y de otro por la diferente idiosincrasia que puedan tener aquéllos y que obliga a matizar de distinta manera al trato jerárquico, que en unos casos puede admitir con holgura ligeras vías de hecho o expresiones duras para forzar la obediencia del inferior, y en otro puede estimarlas lesivas a la dignidad de éste y situarnos ante abusos de mando. Descartando, en todo caso, los castigos corporales y procurando, prudentemente, evitar en los predichos planos internacionales que las relaciones jerárquicas se den entre quienes ofrecen agudos contrastes de formación o temperamento, sí puede decirse aquí que la violencia correctiva del superior no ha de tener orígenes personales, sino objetivos del servicio, y que, en función de éste y de la actitud del inferior, han de graduarse las potestades correccionales del mando, de modo proporcional a la necesidad y urgencia de restablecer el principio de disciplina sin esperar cauces formales. Si hay exceso en el ejercicio de aquélla, puede tratarse de un tipo atenuado del abuso de autoridad.

Parejamente a lo que indicamos respecto de las otras formas de la insubordinación, muchos supuestos de este comportamiento arbitrario del superior pueden perder el rango relictivo y sancionarse por la vía disciplinaria, como, por ejemplo, en los casos de obligar al inferior a ejecutar actos ajenos al servicio, coartarle en el ejercicio de derechos, maltrato leve de palabra u obra, siempre que en ningún supuesto se produzca perjuicio grave a dicho inferior o concurren circunstancias que dañen considerablemente al servicio.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.—A) *Legítima defensa*.—La consagración amplia (individual o colectiva) y categórica (“inherent right” —derecho natural—, consustancial) que de la defensa hace el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ha de llevar fácilmente a una acogida, en lo posible, de este derecho dentro del marco internacional del delito de insubordinación militar.

Se trata aquí de esclarecer, no el derecho a su propia defensa que tiene el superior agredido (que esto es obvio le pertenece, no tanto a título personal como por imperativo cumplimiento de deberes profesionales que le obligan a reprimir la insubordinación), sino si el inferior que acomete, en vías de hecho u ofensa a su superior, puede ver excluída la antijuridicidad de su acción cuando ésta es reacción adecuada y necesaria respecto de otro previo ataque contrario a derecho de que le haya hecho objeto dicho superior.

Conviene que, antes de exponer nuestro parecer favorable a la admisión aquí de esta causa de justificación, delimitemos un tanto el área en que podría moverse, descartando aquellos supuestos que entendemos ajenos a su recta aplicación, puesto que, en rigor, no se pone en juego la disciplina militar o cabe acudir a otras vías sin que pueda parecer conculcada. Cabría citar como a tales supuestos:

1) *Defensa de la persona de parientes o extraños*.—Estando al margen de la relación de servicio en que pueda moverse, tanto la agresión del superior a ellos como la defensa que —si es necesaria, proporcionada y falta de provocación— pueda tener que hacer el inferior contra la agresión ilegítima del superior, la disciplina de la línea jerárquica sólo se conculca por la posible falta al deber de respeto hacia un superior. Mas cuando tal deber de respeto hacia quien se ha puesto fuera del derecho (su agresión al defendido ha de ser ilegítima), se desenvuelve al margen de los actos de servicio, cede en valor ante el deber genérico de defender a una persona ilegítimamente agredida (máxime si es pariente o compañero de armas), aun atacando al que es superior si no hubiere otro medio racional. Se está, quizá, ante un conflicto necesario entre dos bienes jurídicos de desigual valor, en el que, para evitar un mal ajeno, se infringe un deber que en tal momento tiene menos fuerza de obligar. Es por el camino del estado de necesidad y por el de la legítima defensa, que entendemos cabría

encarar la que haga un militar de la persona de parientes o de extraños, injustamente agredidos por quien le es superior en empleo o mando.

Supuesto distinto es el planteado cuando el inferior maltrata de obra a superior sorprendido en ocasión de ofender gravemente su honra de marido o padre, puesto que aquí el bien jurídico que, adecuadamente o no, se trata de defender, es el propio honor del agresor, de condición militar. Aun las legislaciones castrenses más justificadoras a ultranza de los daños causados "honoris causa", dejan al margen toda defensa de la disciplina, remitiéndose a los cauces de la legislación común, donde, sin duda, tiene adecuado tratamiento este caso, que ha de considerarse ajeno a toda represión militar, y por eso lo excluimos de una posible legítima defensa de inferior.

2) *Derecho de corrección*.—Ya aludíamos a él al hablar de la antijuridicidad, y ahora queremos remarcar que, el rigor de la vida castrense impone en más de una ocasión actuaciones rígidas, de fuerza o castigo contra el militar indisciplinado, y comoquiera que tal represión se mueve dentro de ciertos límites (que si se traspasan podrán constituir abuso de autoridad, con o sin perjuicio grave, generador a lo sumo de un especial motivo de atenuación pero nunca legitimador de conducta del inferior que se revuelve contra el causante de aquél), no hace antijurídica la postura del superior y, por tanto, cualquier acto de repulsa a ella (salvo el supuesto de exceso que acabamos de citar) no podrá ser una legítima defensa contra una ilegítima agresión.

Supuesto distinto es también el de que, para reprimir la insubordinación u otros delitos, se autorice y aun ordene al superior el empleo de medios que supongan lesión al inferior. Entonces su comportamiento será en cumplimiento de un deber, en desarrollo de un mandato legal, que ya veremos más adelante como mientras no se exceda, tampoco se creará la base de antijuridicidad sobre la que montar la legítima defensa del inferior perjudicado.

Apartados estos supuestos, pensamos, por las razones que al principio dijimos, que puede caber en una milicia nacional e internacional la eximente de legítima defensa contra el ataque antijurídico del superior a su persona o derechos, singularmente el

del honor. Si la acción de aquél es puramente ilícita, sin base en razones del servicio, y causa perjuicio al inferior, éste puede reaccionar impunemente, siempre que su reacción sea adecuada y necesaria, procurando salvar antes los respetos. Sería recomendable que las leyes puntualizaran los casos (insubordinación, rebelión, circunstancias de guerra, etc.), en que el superior debe imponer la disciplina por todos los medios racionalmente necesarios, aunque causen daño al inferior. Con ello y con una cierta delimitación del marco del derecho de corrección, quedaría notablemente esclarecido el campo de acción de la legítima defensa del inferior, quien a su vez, no cabe duda de que puede excederse en la defensa, no ya por razones temperamentales, sino de ocasión o de formación, en la que sobre la virtud de la disciplina haya predominado un desmesurado culto al honor o al valor.

B) *Estado de necesidad.*—Como esta eximente suele imponer el que el necesitado no tenga por razón de su profesión obligación de sacrificarse, es claro que funciona de distinta manera para el militar que para un particular que no tenga, entre otros menos extremos, el deber jurídico de sacrificar su propia vida. Pero esto no quiere decir —y ya vimos algo cuando acotábamos el campo de la legítima defensa— que no se den en la milicia casos de colisión de deberes en que haya que sacrificar el de menor rango. Y éste puede ser, a veces, el de subordinación, no sólo en la situación de defensa de pariente o extraño a que arriba nos referimos, sino ante la ejecución de una consigna o ante el cumplimiento de deberes técnicos prevalentes (mecánico de avión en vuelo o cirujano militar en quirófano, interferidos por un mandato de superior en grado, atinente a cuestiones intrascendentes de la disciplina o el servicio).

Y no digamos si se trata del cumplimiento de un deber específico, pues como quedó repetidamente expuesto, ello cae en el campo, que en seguida vamos a pisar, de la eximente de cumplimiento de un deber. No sin que antes quede incidental constancia de que, si un estatuto especial (más deseable para el caso de militares pertenecientes a distintos países y religiones) no conduce a situar a los objetores de conciencia en servicios civiles del Ejército, o se acude a otros expedientes resolutorios, sin daño para la disciplina, de esta compleja realidad, el camino de la colisión de debe-

res se brinda como cauce para encarar la solución de alguno de los supuestos de posible planteamiento.

C) *Cumplimiento de un deber.*—La necesidad de impedir graves insubordinaciones, motines, saqueos, devastaciones, sabotajes, traiciones, rendiciones punibles o cobardías trascendentes, situaciones de peligro inmediato para la seguridad de navío, avión, puesto militar u otros graves casos especiales, sitúan en el Jefe no sólo facultades excepcionales de represión, al margen de las personas o cosas sacrificadas, sino sanciones graves para él mismo, por el delito de negligencia o debilidad en el mando, al no haber empleado todos los medios a su alcance para constreñir a sus inferiores a la obediencia y evitar la comisión de los delitos.

Pero hay más, a la hora de postponer el juego de los principios de la subordinación. Tal deber de impedir dichos eventos no sólo se sitúa en el Jefe, sino que, en su defecto, se llega por algunas legislaciones a que los inferiores, saltando por cima de normales respetos y obligaciones de subordinación, en razón de las especiales circunstancias del caso, asuman aquélla y luego de agotadas las medidas de prudencia y consideración, usen de los medios racionalmente necesarios, incluso de las armas si así lo impone la necesidad de evitar el riesgo. Necesidad que puede ser objetiva o putativa, aunque en este caso respondería gravemente el autor del exceso culposo. Al igual que en toda esta materia, se pueden contraer fáciles responsabilidades por el exceso en el cumplimiento de tales deberes específicos.

Pero, singularmente en estas hipótesis anormales (con casuismo y alcance difícilmente transplantable a la esfera internacional), en que el inferior es puesto en trance de cometer insubordinaciones, no sólo se requiere la imposibilidad de emplear otros medios, sino el que el hecho determinante de la intervención sea muy grave y esté previa y objetivamente determinado en la ley o, en último caso, que las propias normas remitan, como dice MEZGER, “al arbitrio adecuado a la naturaleza del deber”.

CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INculpABILIDAD.—Al caracterizar el delito de insubordinación militar como eminentemente intencional, presuponiendo una libre decisión de quebrantar la norma por parte de los que conocen y quieren el obrar indisciplinado, se descarta la posibilidad de que pueda cometerse mediante culpa o ne-

glicencia, se permanece lejos de una incriminación por el resultado, y se afirma en la base de la culpabilidad el principio del libre albedrío, que tan rancio y recio suena en nuestras mejores tradiciones penales, que no pudo ser desconocido en Nüremberg, y que ha sido recogido en el art. 4.º del proyecto de legislación penal internacional elaborado en 1951 por la O. N. U. Así fundamentada la culpabilidad y recortada la problemática, dejamos el ocuparnos del móvil para cuando los hagamos de las atenuantes, y sólo veremos ahora los requisitos básicos sobre los que podría construirse una concepción unitaria del aspecto subjetivo del delito de insubordinación entre militares de distintos países aliados.

Tales requisitos descansarían en:

a) Conocimiento por el autor de:

1. La condición de Superior que tenga el sujeto pasivo en los delitos de desobediencia y maltrato a superior, o la de inferior en el de abuso de autoridad. A efectos procesales y prácticos cabe establecer la presunción "iuris et de iure" de que si se llevan las divisas del empleo, el autor conoce la relación jerárquica que va a infringir, y que si no se portan insignias, la presunción de conocimiento es sólo "iuris tantum", y se desvirtuaría si el inculpado consigue demostrar que hubo error en la persona, puesto que desconocía a la víctima en el momento de delinquir, aplicándose entonces las normas penales comunes, cual señala la legislación francesa (Ley de 4 de marzo de 1932).

2. Las circunstancias de hecho que determinan una cualificación agravatoria, como, por ejemplo, que el delito se cometa al frente del enemigo, en circunstancias particularmente graves o en ocasión de acto de servicio. Son circunstancias claramente cognoscibles por los autores, profesionales de la milicia y a mayor abundamiento, suelen estar descritas en los ordenamientos penales. En los casos de insubordinación en grupo, estas circunstancias son comunicables a todos los insubordinados, excepto, quizá, si se trata de alguna que pueda afectar al modo de la ejecución, que sólo sería predicable respecto de aquellos que hubiesen intervenido de la forma especialmente prevenida.

3. Significado antijurídico de la acción, pero no referido al precepto legal que concretamente se infrinja, sino entendiéndolo como genérica contradicción al Derecho, o mejor, como consciencia de que se infringe un deber preestablecido por la ley. Cualquier alcance meramente atenuatorio que en la esfera internacional quisiera darse al error de derecho, habría de discurrir por los cauces de un prudente arbitrio judicial, a la vista de las características del caso y del autor, y más bien fundarse en la distancia de las mentalidades y sistemas jurídicos en juego que en el arrastre histórico que atribuye incultura especial a los simples soldados.

b) Resultado querido, entendiéndolo como resultado de la acción inmediata del autor, es decir, como cumplimiento del proceso causal, sin que tengan que captarse por el dolo las consecuencias últimas de orden extrajurídico que pueda comportar el actuar in-subordinado.

Protegiéndose penalmente el deber de respeto al superior y el de consideración al inferior, el "animus jocandi" en las diversas manifestaciones de la insubordinación no excluye la culpabilidad, por muy contiguos o bajos que sean los grados de la línea jerárquica, pues cuando ésta se pone en funcionamiento a través de un acto de servicio, los precitados deberes militares no pueden desconocerse con burlas y familiaridades que quebrantan los prestigios debidos, ni tampoco con prácticas benévolas de llevar a la vía disciplinaria hechos que se reputan delitos.

No podrán ser responsabilizados por insubordinación, ni en la esfera nacional ni en la internacional, los militares en estado de inimputabilidad o que por fortuita embriaguez se hallen transitoriamente privados de la plena capacidad de discernir, especialmente sobre la relación jerárquica; ello sin perjuicio de que el hecho de embriaguez genere especiales responsabilidades disciplinarias.

Si el militar está obligado al sacrificio, ni la violencia física ni mucho menos un miedo, vencible con una adecuada formación profesional, pueden eximirlo de responsabilidad en el cumplimiento de algunos deberes ineludibles que en casos especiales le imponen las Ordenanzas, según su categoría, mando o circunstan-

cias precisas. Pero salvo esos casos extremos, predeterminados, entendemos que la fuerza mayor puede poner un límite a la obediencia.

Como ya dijimos en otros lugares cabe la inculpabilidad del inferior respecto de la desobediencia a mandatos antijurídicos de notoria extralimitación o conocido contenido delictivo, produciéndose una especie de inobediencia debida, y pudiendo incurrirse en responsabilidad si se obedece el mandato delictivo. Pero si en este examen que hace el inferior sobre la licitud de la orden incurre en error, habrá de demostrar la esencial buena fe, pertinencia y cuidado con que haya hecho el examen, para que en una valoración discrecional, los Tribunales puedan liberarle de la responsabilidad si estiman que ha obrado bajo la influencia de una apreciación errónea sólidamente asentada, o atenuar aquella si medió ligereza o imprudencia respecto de punto tan delicado, en el que la presencia de cualquier duda razonable que surja hace aconsejable la obediencia. Siendo claro, por otra parte, que contra la tal desobediencia del inferior, nacida de error vencible o invencible, habrá lugar a la oportuna reacción del mando para que la orden se cumpla.

En toda esta ardua materia del error, habrá de tenerse presente la lógica frecuencia con que se producirán confusiones y problemas en las relaciones entre tropas pertenecientes a diversas nacionalidades, por razón de las diferencias y contrastes entre sus respectivas interpretaciones de la disciplina y del derecho, agravadas quizá por posibles malentendidos derivados del idioma. Ello hace aconsejable, de un lado, dar carácter fundamental a la regulación uniforme de este motivo de inculpabilidad, y de otro, hacerla sobre bases de flexibilidad, quizá refiriéndola a los Tribunales, para que éstos decidan a la vista de las múltiples circunstancias y matices de cada caso.

Penalidad.—Parece aconsejable que las penas que se asocien a las insubordinaciones entre militares aliados respondan a las características generales de la penología castrense, es decir, que sean: públicas y predeterminadas, necesarias y suficientes, personales y remisibles, así como proporcionadas al delito y al delincuente.

En el desarrollo de esta materia cabría recomendar:

a) Que predomine un sentido de represión y prevención general en beneficio del mantenimiento de la disciplina, sobre las finalidades de corrección y readaptación del reo.

b) Que se llegue a una determinación clara de los límites de la pena en los tipos básicos, en los cualificados y en los privilegiados; pero que se establezca una considerable elasticidad dentro de cada uno de ellos para la apreciación y valoración de las circunstancias modificadoras genéricas, que funcionarían así como criterios a tener en cuenta por el Tribunal para la fijación de la pena dentro de los predichos límites.

c) Que tenga lugar análoga determinación, clara y *a priori*, de los módulos generales de disminución de la pena-tipo respecto de los diversos grados de realización del delito y de participación del delincuente, salvo caso, claro está, de que en supuestos especialmente tipificados, se adelanten momentos consumativos o se penen más gravemente de lo normal participaciones auxiliares.

d) Una frecuente referencia a los sistemas nacionales respectivos, especialmente en cuanto a las penas accesorias y para la ejecución de todas las impuestas; ello sin perjuicio de que ésta se realice en nombre de la Organización, Mando o intereses comunes, y de que se establezca para llevarla a cabo una obligación virtual, susceptible de convertirse en efectiva, a cargo de todos los miembros de la alianza.

e) Un ancho margen para las sanciones morales.

Creemos posible, aunque especialmente laboriosa, la armonización de las divergencias que puedan ofrecer las leyes penales militares en cada país aliado, respecto de los siguientes puntos:

a) Mantenimiento o supresión uniforme de la pena de muerte, bien que quepa también la remisión a las respectivas legislaciones nacionales, recomendando o no el indulto.

b) Escalas penales no coincidentes en cuantía o clase de pena.

c) Existencia o inexistencia del sistema de penas afflictivas y, en caso afirmativo, que coincidan en los mismos supuestos de sujeto activo o infracción.

d) Existencia o inexistencia de medidas de seguridad (principalmente expulsión o recomendación de salida de un determi-

nado territorio: nacional, de operaciones, etc.) y, en su caso, la unificación y aplicación de las mismas.

e) Instituciones de la sentencia indeterminada, suspensión condicional de la condena y perdón judicial.

f) Concurso de delitos.

g) Las formas de extinción de la responsabilidad criminal, destacadamente el derecho de gracia, y determinación de a quien incumbe su ejercicio, así como también la unificación de los plazos de prescripción.

h) La responsabilidad civil, y si se estableciese la responsabilidad subsidiaria del Ejército, precisar si había de ser: nacional, si es del país al que pertenezca el militar insolvente que delinquirió con ocasión del servicio, o bien internacional, si este servicio fué ordenado por el Mando único y era directamente afectante a los países que luchan coordinadamente.

i) Determinación de aquellos supuestos en que, por pasar a la categoría de contravenciones algunas insubordinaciones originariamente delictivas, hay un más directo y flexible papel del Mando en la sanción de estos hechos, degradados a simples faltas militares por la intrascendencia del hecho u otras circunstancias prefijadas.

Se ha de señalar aquí, la rebaja y más aún la exención de pena que, por razones de oportunismo político, puede establecerse en favor de los insubordinados en grupo que primeramente depongan su actitud volviendo a la disciplina; norma de política criminal con presunta utilidad para estimular el arrepentimiento o el desistimiento de los irreflexivos o de los menos firmemente decididos a la actitud indisciplinada.

Finalmente, ya dijimos que tenía naturaleza de causa de justificación y no de excusa absolutoria, la exención de pena al superior por cualquier resultado del maltrato a inferior, que hubiese sido racionalmente necesario a la hora de cumplir el deber de contener flagrantes insubordinaciones u otros delitos respecto de los que se le ordene intervención a ultranza.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA PENALIDAD.—En el estado actual de los trabajos para lograr un derecho penal militar aplicable a diversos Ejércitos, no parece posible puntualizar, con casuística análoga a la de algunas legislaciones nacionales, cual

sea el catálogo de circunstancias concretas que podrían llevar a una agravación o atenuación de la pena imponible. Aparte de que tales precisiones serían más propias de una teoría general del delito o de la pena que del examen particular de una infracción determinada que estamos haciendo, parece indicado aquí y ahora, pensar que tales circunstancias son simples criterios orientadores del arbitrio con que los Tribunales deben moverse dentro de los límites prefijados a la hora de graduar la pena, y referirnos sólo a aquellos que puedan tener una normal conexión con el delito de insubordinación militar y no fueron incluidas, como determinantes de los tipos agravados o privilegiados que al principio señalamos. Algo diremos, sin embargo, sobre el inmediato abuso de autoridad, situado en la medula de los problemas de la disciplina y de responsabilidad que entrañan algunos casos de maltrato a superior.

En esta línea, pues, aparece, en primer término y para los delitos imputables a inferiores, la *provocación previa del superior*. Desde luego no ha de confundirse con la forma rígida y enérgica con que éste imponga el cumplimiento de los deberes militares, o con la reprensión de que pueda hacer objeto al inferior, aun cuando tenga apariencias provocadoras o amenazantes, siempre que no constituya por su parte un abuso de autoridad, pues como dice la doctrina mejicana, "a la actitud enérgica del superior no puede corresponder más que el mayor sometimiento y la más categórica subordinación, siendo inadmisibles que del ejercicio de la facultad repressiva arranque causa legítima atenuadora del obrar ilícito de los subordinados". Asimismo habrá que excluir los excesos verbales y las situaciones de violencia recíproca, especialmente en los casos de reyerta mutua. El abuso de autoridad o facultades ha de tener relación directa e inmediata con el hecho delictivo del inferior, pero ha de tener, a su vez, carácter de extralimitación sancionable. En otro caso nos moveríamos dentro de una genérica esfera de apreciación de estados emocionales o pasionales, análogo al que pueda darse en cualquier otro delito, que los Tribunales valorarían dentro de los límites de su arbitrio.

Sin embargo, al hablar de los motivos, quizá transitoriamente, pudiéramos individualizar para una atenuación específica, los *sen-*

timientos nacionales que, residualmente y en tanto no se desarrolle la sensibilidad y conciencia comunitaria entre los que luchan unidos, o se perfeccione el sentido del deber profesional —que plantea sólo cuestiones de disciplina y no de patriotismo—, pueden impulsar reacciones insubordinadas hacia inferiores o superiores de distinta nacionalidad, por un entendimiento torpe pero no egoísta de las circunstancias del caso.

Al hablar de las causas de justificación contemplamos varios supuestos de *exceso*, tanto en la legítima defensa como en el cumplimiento de deberes generales o especiales, que naturalmente han de desembocar en atenuaciones de pena, que en principio estimábamos deseable se llevasen al marco disciplinario. Destacadamente vimos —y a lo allí dicho nos remitiremos ahora también— cómo por la vía del *error culposus*, podría tener un desenlace atenuatorio el vidrioso supuesto de la inobediencia por antijuridicidad putativa del mandato.

La *reincidencia* no tiene en la esfera militar internacional ni una problemática ni un campo de aplicación tan grande como en la legislación ordinaria. Es ciertamente aconsejable que su campo de aplicación se circunscriba a los casos de otra condena previa, pero sólo si ha tenido lugar en delito castrense (quizá sólo en delitos contra la disciplina militar), y entonces tales infracciones no resultará fácil se repitan en un mismo sujeto, porque éste es un profesional y lo probable es que haya perdido esta condición (en cuyo caso ya no tendrá ocasión de repetir un delito propio de militares), y si se trata de soldado que presta servicio militar obligatorio, lo hace durante un período de tiempo relativamente corto, que no permite el que fácilmente quepan dentro del mismo dos delitos análogos. Mas, si la reincidencia se produce, no cabe duda que será de elemental congruencia con el sentido de una cooperación militar y con una visión lógica y no nacionalista de la lucha contra el crimen, el que esas sentencias de los Tribunales nacionales, tengan valor vinculante en los planos internacionales, a pesar de las dificultades que pueden surgir en orden a venir en conocimiento de tales antecedentes, y sobre todo, de las que haya para valorar el paralelismo de tipos y penas entre la condena anterior y la que vaya a dictarse. Para esto ha de darse a los Tribunales una gran libertad de apreciación sobre la conexión entre ambas in-

fracciones, y aun también para graduar la propensión del reo a este género de delitos, vista a la luz de los antecedentes de su personalidad y comportamiento en el Ejército, no sólo los de rango delictivo, sino más acusadamente los de naturaleza disciplinaria, pues, en definitiva, la reincidencia militar es en las contravenciones donde tiene un valor y aplicación más acusados.

Además de las que contribuyan a configurar la dicha personalidad del reo, hay ciertamente gran número de matices y circunstancias agravantes, que son de conveniente presencia en la decisión del juzgador de una insubordinación militar, pero muchos de ellos relacionados con la ocasión (al frente del enemigo, en tiempo o lugar de operaciones bélicas, en acto de servicio), la forma (en grupo, con alevosía, etc.), o la relación jerárquica (delinquir en unión o en presencia de inferiores, ser Oficial el culpable, etc.), pueden considerarse expresa o tácitamente incluídos en los respectivos tipos agravados que al principio diseñamos, si es que se estimara pertinente dar tal alcance agravatorio a la concurrencia de las dichas circunstancias.

FORMAS DE APARICIÓN.—Con mayor vigor que en los planos nacionales es deseable para los internacionales, una reducción y aun unificación de los distintos grados del delito intentado o imperfecto con que, doctrinas y legislaciones superadas han venido matizando y jalonando el “*iter criminis*”. La fórmula única de la tentativa ofrece la posibilidad de englobar los diversos matices de la infracción incompleta, asignándoles una rebajada y flexible sanción; sin perjuicio de las incriminaciones especiales que se juzgue oportuno hacer, adelantando el momento consumativo de aquellas conductas que ponen en peligro la disciplina, especialmente en los supuestos de amenazas a superior, o de las insubordinaciones en grupo, donde la preparación y la conspiración pueden constituir especies delictivas autónomas, y aun moviéndonos dentro de la doctrina anglosajona de la “*Conspiracy*”, pueden resultar, en vez del escalón previo a la tentativa, una especie de participación cualificada, según veremos al ocuparnos de la codeincuencia.

Pero aun los más alejados supuestos de actos preparatorios siempre habrán de versar sobre exteriorizaciones de conducta, y rechazar aquellas posturas que, en aras de una preocupación (nunca trasladable al plano de lo penal) por la vida interna del

soldado, aplican, peligrosamente, medidas sancionadoras a presuntas "concepciones internas distantes de la disciplina". Toda tentativa punible de insubordinación requiere un comienzo de acto ejecutivo, nacido de una resolución del inferior o superior, que se desarrolla en torno al núcleo o zona periférica del tipo de delito; habiendo de tenerse en cuenta para definir en los casos dudosos si es o no tentativa, cual haya sido el riesgo efectivo sufrido por la disciplina.

Desde luego la tentativa es factible en el maltrato a superior o a inferior, porque se trata de delitos de acción con resultado trasladado a tercera persona. Pero, en la desobediencia, en cuanto que figura delictiva predominantemente de omisión no se da, en principio, la tentativa acabada ni la inacabada. Ni tampoco es posible en el delito formal de amenazas a superior, donde el resultado coincide con la acción del sujeto sin que quepan fases intermedias.

FORMAS DE PARTICIPACIÓN.—También aquí es aconsejable dejar a un lado el casuismo de participaciones propio de la doctrina penal clásica, y exigiendo una simple coincidencia de los copartícipes en el dolo del delito, seguir el sistema suizo de reducir las variantes meramente idiomáticas y el paralelo escalonamiento de responsabilidades, a estas líneas generales: 1), una atenuación penal para la complicidad, considerada como actividad accesoria o auxiliar de la autoría; 2), una asimilación a los autores de la responsabilidad asignable a los inductores o instigadores (prescindiendo de variantes terminológicas y de que la inducción sea directa y eficaz, pues a veces tiene análoga relevancia la simple provocación o apología); 3), una agravación para los copartícipes militarmente destacados, y 4), conceder un amplio arbitrio judicial para la individualización penal de las posibles participaciones concurrentes en una insubordinación, singularmente cuando ésta es en grupo.

La codelinquencia cabe en las formas activas y en las omisivas del delito de insubordinación, pero dada la naturaleza intencional de esta infracción, no cabe el concurso culposo de militares responsables sino que necesariamente su participación tiene que ser a título doloso. Menos claros están los casos de participación de no militares en delitos de insubordinación, o la de militares que

los cometen valiéndose de la actuación directa de quien no lo es (inferior que se vale de un no militar para maltratar a superior, o viceversa). En el primer caso, como la ley no puede haber querido dejar impune toda cooperación de extraños en un delito especial (y ello con creciente razón de ser ante innumerables supuestos de guerra fría o subversiva), la sanción como reos de delitos militares y no del común que eventualmente hubieren cometido, podrá llegar a través de diversas fórmulas, bien la propugnada por MEZGER de degradar a la categoría de simple complicidad cualquier clase de participación del no cualificado, bien la de "considerar autores", en calidad de inductores o cooperadores necesarios (fórmula de la legislación española), o bien estimar que en las modalidades de la inducción es posible responsabilizar tanto a militares como a paisanos, especificándolo así en la ley; cuestión aparte es la de la competencia para juzgar "estranei" conjunta o separadamente de los militares que puedan cometer el delito de insubordinación. En el segundo caso —sujeto calificado que se vale del no calificado para cometer un delito especial—, el "intranei" responderá como autor por su conexión directa con el dolo de insubordinación, y en cuanto a la responsabilidad del paisano, por delito común o por participación auxiliar o principal en el delito militar, dependerá de su relación con el inductor y de su voluntad de atacar el bien jurídico protegido.

Pensando primordialmente en las formas colectivas de la insubordinación, siempre habrá que dar mayor realce penal a la participación de los que tienen destacada significación militar (el de mayor empleo, o los Oficiales que se insubordinan junto con los que carecen de esta categoría militar), organizadora (que toma parte decisiva en la puesta en marcha y desarrollo de la empresa delictiva) o impulsora (cabecilla que lleva la voz o que se pone al frente de la insubordinación). La mayor sanción a quienes ostentan una superior categoría militar, con independencia incluso de la eficacia personal de su participación, no sólo tiene su razón de ser en la esencia misma de la organización jerárquica de las filas del Ejército, sino en la ejemplaridad que en éstas produce el mayor rigor de enjuiciamiento de quienes están más obligados a acatar la disciplina, y en la conveniencia de contra-

reestar con una mayor amenaza penal la facilidad de influjo sobre el soldado que les da su superior posición en la milicia.

También, pues, en los planos internacionales (PELLA lo hace en el art. 20 de su Proyecto de Código Penal Universal) hemos de estimar que, quienes “con abuso de autoridad o poder han provocado directamente un delito”, contraen responsabilidad igual o mayor que los ejecutores del mismo. Y, congruentemente, habrá de ser menor la exigible a los inferiores que actúan presionados por la fuerza vinculante del superior; aunque como ya señalamos en su oportunidad, existan límites a la obediencia, y en determinados casos pueda hablarse de desobediencia debida. Análogamente, en la delincuencia colectiva habrá de valorarse en muy distintos niveles la responsabilidad del “meneur” y la de los “menés”, aunque nunca podrá llegarse en el Ejército —por imperativos de ejemplaridad— a la impunidad de los inducidos, sino a lo sumo, a una responsabilidad atenuada de los mismos.

Como forma de participación o como figura autónoma de insubordinación, conviene destacar, además de la instigación genérica, sin destinatario individualizado (en la que tanto se incluiría una excitación —anterior—, como una apología —posterior al delito—), la simple conspiración o participación en un plan común para llevar a cabo el delito de insubordinación, concertando voluntades en torno a ese fin y en torno a los medios de alcanzarlo.

Concurso.—La dificultad de plantearnos con precisión los problemas penales derivados de una cooperación de Ejércitos, se muestra más acusada que en otros lugares de este trabajo cuando nos enfrentamos con la cuestión del concurso de leyes o delitos que requiere, esencialmente, la confrontación cuidadosa de los concretos preceptos legales en juego. Por eso cuando éstos no están formulados, como sucede en nuestro caso, el problema no tiene fácil solución ni apenas posible planteamiento. Sólo moviéndonos, aún más acusadamente que en ocasiones anteriores, dentro del terreno de las hipótesis normales imaginables, pueden entrecerse algunos supuestos destacados como los que citamos a continuación:

1) A un mismo tiempo pueden estar en vigor, incriminando análogas figuras de insubordinación, normas penales aplicables en

los planos internacionales y otras normas que sólo tengan vigor en los nacionales, pero es evidente que, desde el momento en que las primeras estén estructuradas y se trate de supuestos que se mueven en una esfera interaliada, tendrán prevalente aplicación respecto de las segundas, de acuerdo con una clara jerarquía normativa y elemental aplicación del principio de especialidad. A no ser que funcione el de subsidiariedad, cuando haya una expresa remisión a las legislaciones nacionales para que se apliquen a todo o parte del caso planteado.

2) Ya hemos visto que en muchas ocasiones se asignan al militar deberes específicos (permanecer a todo trance en un puesto de combate, etc.), o bien, ostenta categorías o funciones determinadas (autoridad, centinela o fuerza armada) que dan lugar a tipificaciones especiales de las desobediencias o malos tratos a superior, las cuales tienen diferente naturaleza y alcance que si se tratara de normales ataques a la subordinación, ya que aquí se protegen en definitiva otros bienes jurídicos más precisos y especiales, que desplazan la genérica razón de la disciplina.

3) A veces la actitud insubordinada plasma, no en una, sino en varias pero contiguas manifestaciones delictivas (múltiples formas de desobediencia o de malos tratos a superior), ligadas por una unidad de intención, que pueden reputarse en concurso o sancionarse con arreglo a un sólo módulo penal, quizá el más grave o genérico, que consume al otro.

4) La insubordinación en grupo, considerada como tipo cualificado, abarca las modalidades individualmente concurrentes, representando un desvalor de superior entidad que consume los desvalores implicados en los tipos aislados absorbidos. De no ser así, se estaría ante un concurso de delincuentes y de delitos, de diversa naturaleza técnica aunque de parentesco aparente.

5) Si se ha dado consideración de delito complejo al tipo agravado de maltrato de obra a superior con muerte o lesiones graves de éste, o al de abuso de autoridad con perjuicio grave de éste, o al de abuso de autoridad con perjuicio grave acreedor a mayor pena, desaparece el problema del concurso de delitos, ya que hubo previa consunción de leyes con pena única determinada, pero si se incriminan separadamente la insubordinación y los daños a la integridad física del superior, estaríamos ante un concurso de deli-

tos, a resolver con posible criterio unificado para todos los supuestos de concurrencia de varias infracciones, quizá sobre la base de incrementar, dentro de ciertos límites, la pena asociable al más grave.

6) Si el maltrato, tanto al superior como el que, a través de un abuso de autoridad, recae sobre el inferior, no produce perjuicio grave a una u otra de las víctimas, también se estará en el caso de pena única para delito único, el de insubordinación, de una u otra clase.

III

CUESTIONES PLANTEADAS POR EL ENJUICIAMIENTO DE LA INSUBORDINACIÓN EN UNA ESFERA MILITAR INTERNACIONAL

"Hay que romper el círculo vicioso que supone sostener que, tan inconcebible resulta un Tribunal Internacional sin Código Penal que manejar como un Código sin Tribunal que lo aplique. Es preciso formar con ambos una sola cuestión y darle un tratamiento uniforme, sin aislar esos diversos elementos en compartimentos estancos."

VESPASIANO V. PELLA: *Towards an International Criminal Court*, en "American Journal," enero 1950.

No podemos olvidar la advertencia doctrinal que en el Prólogo de sus Principios de Derecho Penal nos hiciera BERNARDO ALIMENA acerca del entrecruzamiento y confusión de límites entre los problemas penales y los procesales, ni en definitiva, desconocer la extendida práctica francesa de incluir en lo penal sustantivo lo procesal criminal, muy especialmente las cuestiones jurisdiccionales derivadas del ámbito de acción de la ley penal en el espacio. Por eso, sin mengua de diferenciaciones que escapan a este lugar, veremos aquí algo sobre este punto, simplemente alineándolo a continuación de los problemas penales y antes de referirnos brevemente a cuestiones orgánicas o procedimentales.

VALIDEZ DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO.—Mientras paralelamente a una mayor cohesión jurídica, moral y cultural de los pueblos aliados, no se vaya alcanzando una previa uniformidad de

tipos penales militares con proyección internacional, desligando su enjuiciamiento de las cuestiones de soberanía nacional y ligándolo en mayor grado a una labor técnica al servicio de intereses militares comunes, los conflictos de normas en el espacio se gobernarán por el juego equilibrado de los principios de la territorialidad y de la personalidad o, dicho también en términos simples, por la aplicabilidad en mayor o menor grado de la ley del país de origen o del de residencia.

No vamos a entrar aquí en el examen pormenorizado de la extensión ni de las ventajas o inconvenientes de uno u otro sistema. Quizá la creciente movilidad de los Ejércitos modernos se aviene mal con los límites que el principio de la territorialidad impone, y prueba de ello fueron durante la II Guerra Mundial las múltiples derogaciones al principio de la territorialidad que para Ejércitos aliados y Gobiernos en exilio aceptaron, y aún mantienen, los países que le eran más tradicionalmente partidarios, no sólo garantizando dentro de ellos el ejercicio de la jurisdicción propia de las fuerzas residentes, sino incluso prestando el auxilio del poder ejecutivo para aplicar las decisiones judiciales que hubieran adoptado. Quizá esa misma movilidad conduce a que muchos delitos se desenvuelvan a lo largo de varios países, en unos de los cuales está el inicio de la acción criminal o la residencia de parte de los culpables, y en otros se ubican el resultado final de aquella o el resto de éstos, haciéndose en consecuencia, más lógico el criterio de la equivalencia de lugares, claramente opuestos al principio de la territorialidad. Y quizá, tratándose del mantenimiento de la disciplina militar, convenga dar prevalente aplicación a las leyes propias del país del acusado, más ajustadas a las normas morales y culturales en las que está formado, y difícilmente en oposición a las del país de residencia, que también responderán a un imperativo análogo de reprimir la insubordinación militar. Pero en tanto que una legislación penal, común a todas las fuerzas aliadas, no resta virulencia a estas contrapuestas aplicaciones jurisdiccionales, parece deseable huir del imperio a ultranza de la ley personal, manteniendo el principio de orden público, connatural a las leyes penales, y asentando su aplicación sobre una base territorial que sea título y límite de su competencia, sin perjuicio de excepcionarla cuantas

veces sea preciso con aplicaciones extraterritoriales de la ley del acusado, fundadas más que en razones de soberanía o prestigio, en imperativos o conveniencias funcionales de los intereses comunes.

Entre los casos actuales de eficacia extraterritorial de la ley penal de origen, citaremos éstos:

A) *Fuerzas militares al servicio de la O. N. U.*—Son más bien contingentes nacionales que actúan en casos determinados bajo dirección internacional, llevando consigo su propia jurisdicción, aunque con la normal exigencia de un acuerdo que permita actuar dentro del territorio del Estado miembro donde se haya producido el conflicto y con limitaciones para la efectividad de esa ley personal, bien por razón del delito cometido (que sea de naturaleza militar, excluyendo las infracciones comunes), del lugar (cuartel, base ocupada o territorio de operaciones) y, sobre todo, de la ocasión, esto es, que se trate de acto de servicio, ya que el fundamento de la extraterritorialidad frente a la soberanía del país de residencia, no está en la persona, sino en la función pública desempeñada, en razón de la cual y como órgano especializado de la O. N. U. el militar se encuentra en territorio extranjero.

Carecemos de información precisa acerca de cómo se han resuelto los conflictos de insubordinación de las fuerzas integradas (?) que están o han estado presentes en las experiencias de Corea, Gaza y Congo, pero suponemos que ello habrá sido con escasa presencia de formales normas jurídicas internacionales, con marcada separación de contingentes nacionales gobernados por sus propios mandos militares, y con mínimo engarce de éstos con el mando internacional. Todo lo cual, más que desalentarnos, debe servir para patentizar a todos la necesidad, y a nosotros proporcionarnos estímulo en el trabajo para lograr esa coordinación y aun unificación de esfuerzos y normas a que nos referimos ampliamente al principio de este estudio.

B) *Bases arrendadas.*—Por acuerdo mutuo de países con intereses comunes, militares o no, han surgido a raíz de la última guerra mundial múltiples casos de arrendamiento de bases estratégicas en territorio de otra nación, donde bajo ficciones de posesión temporal del mismo o de asimilación a diplomáticos del personal ocupante de aquéllas, se da, especialmente en materia

disciplinaria y administrativa, una extraterritorialidad de la ley del país de origen para el enjuiciamiento de los militares o asimilados que delincan en lugar donde tales bases tengan su asiento. El problema está no en el enjuiciamiento y sanción de los delitos de indisciplina que cometan entre sí los pertenecientes a las fuerzas armadas instaladas en aquéllas, sino en los casos de insubordinaciones y otros delitos que puedan darse entre tales militares extranjeros y los del país de residencia; conflictos que, frecuentemente, se definen en cuanto a la ley y Jurisdicción aplicable, por una Comisión Mixta que examina cada caso, remitiéndolo a la competencia de los órganos de uno y otro país, de acuerdo con las características del hecho y demás circunstancias concurrentes más que con arreglo a normas empíricas prefijadas. Aun cuando ello sea mejor que abandonar a la "praxis" la resolución de estos conflictos, creemos que no se trata de la solución más deseable desde el punto de vista jurídico.

C) *Ejército de ocupación*.—En tiempo de guerra o a causa de ella, impera la Jurisdicción propia del Estado al que pertenece la fuerza armada ocupante, que suele respetar, sobre todo en tiempo de paz, la ley común de los nacionales del país de residencia, aun cuando se reservan ciertos privilegios y, sobre todo, la competencia para juzgar delitos que afectan a su seguridad o intereses básicos. Los delitos de insubordinación serán juzgados extraterritorialmente, con arreglo a la ley del país de origen. Huelga decir que si se trata de una cooperación de Ejércitos, la extraterritorialidad deberá ser recíproca.

COLISIÓN DE NORMAS.—Los preceptos legales que en los derechos internos regulan la colisión de normas son muy diferentes entre sí, quizá a causa de que responden al ejercicio de la soberanía por cada uno de los países que las dictan. Ello produce un entorpecimiento de la visión de estos problemas cuando se desenvuelven en un plano de colaboración internacional, donde no sólo debe imperar un acercamiento de las discrepancias que nos muestre el Derecho comparado, sino que deben establecerse fórmulas únicas, recíprocamente aplicables y normas de colaboración entre las Autoridades aliadas. Máxime si se trata de cuestiones de disciplina, que a todos afectan de análoga manera.

Por eso el principio general de aplicación de la ley territorial,

consagrado en el Estatuto de Londres, de 5 de junio de 1949, y en el Tratado de Bruselas, de 21 de diciembre del mismo año, pudiera excepcionarse cuando se trata de la represión de las insubordinaciones cometidas en territorio distinto del de origen del culpable, renunciando o suspendiendo la competencia del Estado de residencia en favor de una aplicación extraterritorial de la ley personal, que quizá atienda las exigencias militares de la represión de las indisciplinas con más adecuación al caso y al delincuente. Ello sin destruir el principio de soberanía, que podría ejercitarse a través de un posible derecho de información o de observación si estuviesen implicados intereses del Estado de residencia o incluso aplicando sus leyes si es que verdaderamente se han lesionado prevalentes intereses del mismo (delitos contra su seguridad, relativos a la defensa, sabotaje, espionaje, actividades de quintas columnas); hipótesis que no parecen normalmente viables cuando se trata de un delito de insubordinación militar de tropas de distintos Ejércitos.

Esa es la dirección en que se mueve el Estatuto de las fuerzas armadas de la O. T. A. N. (firmado el 16 de junio de 1951), al establecer que los Estados a que pertenecen las unidades militares destacadas conservan su propia competencia penal y procesal, siempre que se trate de delitos perpetrados por miembros de las mismas contra otros análogamente encuadrados en ellos, que afectan a su seguridad o propiedad, o que hayan sido cometidos en ocasión del cumplimiento de sus deberes profesionales o en el desempeño de misiones oficiales; pues, en otro caso, la competencia corresponderá al Estado de residencia si el hecho está sólo en sus leyes y, sobre todo, si afecta a su seguridad, en hipótesis de traición o sabotaje.

Es evidente que, tratándose del delito de insubordinación militar (que, como ya dijimos en otro lugar sólo pueden cometerlo los profesionales de la milicia), no surgirán ni hay por qué tratar aquí los delicados problemas que plantea el fuero aplicable a las "personas autorizadas para residir" (cónyuges, hijos, etc.), y demás, acompañantes civiles de las fuerzas armadas que delincan en el país de residencia sin tener un "status" militar ni desempeñar función oficial que pueda ser fundamento objetivo para que no se aplique la norma territorial. A ello no obsta el que, estable-

cido el principio de la aplicabilidad de tal norma territorial, se pueda renunciar la jurisdicción en favor del Estado de origen en estos casos, y también en algunos otros de conexidad con delitos militares más graves de que conozcan los Tribunales de la nación aliada, quien a su vez podría renunciar a la competencia para juzgar militares insubordinados conjuntamente con los del Estado de residencia, si la infracción o la participación de éstos tiene mayor alcance.

En rigor, la cuestión más trascendente de las que aquí se nos plantean es la de superar el marco nacional de los delitos de insubordinación, trasladándolo a los supuestos de indisciplina entre personal militar de distintas fuerzas armadas que actúan en cooperación para conseguir objetivos comunes. El Senador italiano Onofrio Jannuzzi estima esencial para poder alcanzarlos el que los mandos aliados tengan a su alcance el indispensable instrumento jurídico para reprimir tales insubordinaciones, debiendo acordarse la protección penal del vínculo de disciplina existente entre los mandos centralizados, su personal adjunto del Cuartel General y los demás miembros de dichas fuerzas aliadas, cualquiera que sea la nacionalidad de unos u otros: aplicándose las normas legales convenidas en los Tratados de cooperación, o marchando decididamente hacia una homogeneización de preceptos nacionales aplicables, haciendo permeables entre sí (tipificación coincidente, sanción análoga, etc.) los diferentes sistemas, sin perjuicio de permitir la renuncia de jurisdicción, en tanto se llegue a una deseable ley común y autoridad supranacional que la aplique, quizá no difíciles de lograr en este punto. Mientras, se ha revelado como fórmula eficaz la de asignar zonas de actuación diferentes a las tropas de cada país de la alianza, que pueden mantener así en la mayor parte de los casos, la aplicabilidad de la ley de la bandera dentro de su zona de operaciones o sector correspondiente a cada Ejército aliado, quien responderá de la disciplina de sus fuerzas armadas y de los demás intereses a su cargo; respetándose de esta manera un fuero personal para las infracciones que cometan entre sí, sin perjuicio del grado o forma de su integración en el esfuerzo militar conjunto y de la coordinación y las relaciones que existan con el mando superior y con el del Ejército del país donde se esté estacionado.

TRIBUNALES.—Aun cuando el amplio margen de competencia que hoy por hoy cabe asignar a los Organos nacionales para la represión de los delitos de insubordinación surgidos en el cuadro de una cooperación de fuerzas armadas diferentes, apenas permite hablar de Tribunales supranacionales, sin embargo, resulta claro que el desarrollo de éstos seguirá un sentido paralelo al que vaya alcanzando el Derecho sustantivo interaliado, y que siempre existirá la conveniencia, por no decir la necesidad, de que Organismos de composición mixta, permanentes o circunstanciales, decidan conflictos de competencia positiva o negativa, puedan juzgar determinados casos en que los coautores de un mismo delito pertenezcan a nacionalidades diferentes y, en definitiva, institucionalicen una estructura jurídicopenal que sea la clave de bóveda del sistema, acabando con los riesgos de la improvisación de los que tantas veces hemos sido víctimas, y reuniendo las ventajas que enumeraba el General VENTRO de: lograr una visión de conjunto de las infracciones excluyendo la separación de procedimientos, valuar los hechos desde el punto de vista más elevado de los intereses de la cooperación y ejercer sobre todos los territorios de los citados cooperantes unos poderes superiores y uniformes.

Además, pues, de los Tribunales marciales propios de cada país, que puedan actuar con jurisdicción propia o delegada del Mando militar unificado, cabe pensar en los Internacionales, cuya composición, si son permanentes, podrá obedecer a muy diversos criterios (siendo deseable que predomine la referencia a la idoneidad y a las garantías de imparcialidad), pero siempre deberán figurar en una u otra proporción, representantes del país y clase de Ejército a que pertenezcan el acusado y el territorio donde se desenvuelve el juicio. El Fiscal podrá ser del país al que afecte el bien jurídico lesionado; el Defensor, será elegido libremente por el inculpado; y el Secretario podrá ser de la nacionalidad del Presidente. Cabe pensar, asimismo, en el sistema previsto en el Tratado para la Comunidad Europea de Defensa (art. 22 del Protocolo de Justicia), con Tribunales de estatuto internacional, pero de composición nacional, que con jurisdicción propia o delegada, juzgarían en primera instancia, pudiendo fallarse en último grado por una Sala del mismo país, pero perteneciente al Tribunal Militar Internacional.

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO.—Normalmente habrán de aplicarse las reglas propias de las respectivas legislaciones nacionales, sobre la base del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, pudiendo establecerse como garantías y principios básicos los citados en el núm. 9 del art. 7 del Tratado de Londres:

a) Derecho a ser juzgado rápidamente, especialmente a tener en cuenta cuando se trata de infracciones contra la disciplina, pero sin olvidar de otra parte, la advertencia de HENRI BORDEAUX ("Project de réforme de la Justice Militaire"): "En fait de Justice, il ne s'agit pas tant de faire vite que de faire bien; on doit se méfier d'une Justice qui mettrait son honneur dans sa rapidité".

b) Derecho a ser informado, antes de los debates, de la acusación formulada contra el reo.

c) Derecho a ser careado con los testigos de cargo.

d) Derecho a elegir Defensor, de acuerdo con las normas aplicables en el país donde se juzgue.

e) Derecho a intérprete competente.

f) Derecho a recurso, sin olvidar, cuando se trate de reos o intereses de varios países aliados, la posible intervención posterior del Mando militar supremo, singularmente a la hora del ejercicio del derecho de gracia.

AUXILIO JURISDICCIONAL.—Al igual que diremos especialmente respecto de la extradición, ha de sentarse el principio inicial de que, para la mayor eficacia de la lucha contra la delincuencia y mejor defensa de los intereses comunes debe alcanzarse una muy amplia colaboración entre los países y jurisdicciones aliadas. Tal interayuda, podría establecerse acerca de los siguientes puntos, que sin duda afectan a la represión de los delitos de insubordinación de que nos venimos ocupando:

A) Vigilancia, detención y traslado de presuntos culpables pertenecientes a otro Ejército aliado.

B) Investigación policial y judicial del delito, aporte de pruebas y envío de piezas de convicción.

C) Notificaciones por la vía judicial y citación de testigos.

D) Centralización y comunicación de antecedentes penales a efectos de estimar la reincidencia o de ilustrar sobre la personalidad del reo.

E) Validez "erga omnes" de la cosa juzgada.

F) Ejecución de sentencias y aun quizá ayuda en la posible aplicación de medidas de seguridad, siempre que no sea normalmente posible que se lleve a efecto por los órganos administrativos del país del condenado, quizá radicados lejos del lugar de la sentencia. El problema se plantea especialmente grave en el caso de ejecución de la pena de muerte en país cuya legislación la tenga abolida; resultando explicable lógicamente la exigencia de conmutación por pena inferior, si la condena ha de cumplirse en dicho Estado de residencia.

G) *Extradición*.—Es uno de los problemas claves de la eficacia de un sistema penal militar coordinado, ya que a través de la concesión o no de la extradición de los autores de delitos castrenses se sujeta o escapa el logro de los fines punitivos perseguidos.

Tratándose de naciones unidas en la misma tarea, pierde sentido el considerar la extradición como un caso de validez de la ley penal en el espacio, pues ha de tener mayor pesantez el interés coincidente de unos Ejércitos aliados, con problemas comunes de disciplina, en auxiliarse mutuamente para la entrega de los reos de insubordinación militar a los Tribunales nacionales o internacionales que correspondan.

Esa extradición del reo de delito militar que ha atacado bienes jurídicos afectantes al dispositivo bélico aliado, no puede impedirse en razón de su presunta menor peligrosidad social, ni mucho menos por la errónea concepción de que las infracciones castrenses son una especie de delitos políticos, pues aquí se trata, no de un particular que ataca bienes jurídicos privados, sino de un miembro de una fuerza militar que ataca bienes de alcance supranacional. Con la negativa a la extradición estaríamos oponiéndonos a los intereses de la comunidad de fuerzas en lucha, que no admiten

parangón, por su trascendencia y planteamiento generalmente crítico y urgente, con los que puede representar un delito contra la propiedad, por ejemplo, donde, sin embargo, la extradición y, en definitiva, la ayuda internacional es unánimemente admitida.

Claro está que si se establece la extradición de los reos de insubordinación militar se dará lugar a ciertas cuestiones, tales como:

a) Establecimiento de cláusula humanitaria de conmutación de la pena de muerte, si no la tuviera establecida el país que hace la entrega.

b) Posibilidad de que la no entrega (que repetimos sería ilógica en el marco de cooperación militar que comentamos) se sustituya por la obligación del "iudex deprehensionis" de juzgar al reo dentro de un determinado plazo y normas equivalentes.

c) Unificación de tipos penales objeto de extradición, tanto en su número como en su nomenclatura.

d) Prohibición del asilo diplomático o en buques de guerra, como lógico corolario de la extradición de delincuentes militares.

* * *

Concluimos este sistematizado bosquejo del considerable número de problemas implícitos en el delito de insubordinación en área internacional, habiéndonos limitado a ofrecer una mera panorámica de cuestiones, apenas apuntando su posible solución, a fin de que pueda servir de cañamazo para ulteriores desarrollos en profundidad, que no sólo pueden requerir mayor preparación del autor, sino que en todo caso exigen una documentación sobre legislación comparada de la que carecemos y que por otra parte constituye el campo propio de otro subtema desenvuelto en este mismo Congreso: aparte de que, el examen pormenorizado de dichas cuestiones hubiera desbordado más aún los límites normales de espacio y tiempo en que nos movemos.

Tal tónica de superficial generalización ha venido impuesta, además por la realidad de que nuestra acción se mueve en un te-

rreno de aproximación de puntos de vista nacionales, de búsqueda de climas de compromiso, propios de los planos internacionales, más flúidos, circunstanciales e imprecisos que una dogmática de derechos penales nacionales, interpretativa de textos legales preexistentes, estructurados y enraizados en la colectividad a que se refieren.

Aquí, en un Congreso internacional se trabaja en sentar bases aceptables por un ancho sector, aún no coordinado, sin duda perdiendo en profundidad lo que pueda ganarse en extensión. Sobre esas bases serán los hombres encargados de su desarrollo práctico los que irán añadiendo precisiones o incluso soluciones a nuevos problemas, serán los profesionales de la Justicia militar los que irán perfilando el instrumento adecuado para reprimir las insubordinaciones u otros delitos surgidos en el seno de unos Ejércitos aliados. Pero será preciso escogerlos bien, y escogerlos pensando más en su técnica y condiciones personales que en la nación de donde son oriundos. Vale la pena oír el consejo que hace quince años nos diera, desde el otro lado del Atlántico, la pluma ilustre de KÆLSØN bajo el sugestivo título de "La paz por medio del Derecho" (pág. 183), cuando sugería que, para garantizar la plena imparcialidad e idoneidad técnica de los Jueces internacionales, así como su desvinculación de los respectivos Estados, no sean éstos los llamados a hacer los nombramientos, ni siquiera sus propuestas, sino que tal cometido recayese en Asociaciones científicas internacionales de reconocida solvencia. He aquí otro cumplido servicio que podría prestar la "Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de la Guerre".