

CAPÍTULO VI

LEGISLACIÓN PENAL MILITAR

1. *Introducción.*— A excepción de Costa Rica, país en el que la formación de fuerzas armadas está expresamente prohibida, los distintos países del área han organizado ejércitos con miras a la defensa de su soberanía territorial, a partir de la emancipación política de las metrópolis. En términos generales, el originario rol ha padecido una profunda transformación; el poder militar se ha hipertrofiado, invadiendo áreas que las constituciones y las leyes reservan a otros órganos del Estado y erigiéndose —en incontables ocasiones— en detentador del poder político en su totalidad, mediante el frecuente expediente de los “golpes de Estado” o asonadas, pomposamente rotulados “revoluciones”, “procesos”, etc.

Ese avance castrense se ha visto reflejado —entre otros aspectos— en lo jurídico, y más específicamente en la legislación represiva. En buena parte de los países el material normativo referido a las fuerzas armadas se codifica bajo la forma de códigos de justicia militar, cuya extensión y significado político varía tanto en razón de la situación política coyuntural como también de la tradición legislativa al respecto.

En razón de ello el panorama dista de ser uniforme. Existen casos como el de Panamá, donde las “Fuerzas de Defensa Nacional de la República” —así denominadas desde fines de setiembre de 1983— carecen de una justicia militar, códigos militares o procesos de tal índole. El plano normativo se reduce, en esos países, a reglamentaciones disciplinarias internas de tales cuerpos. Mas, por las razones expuestas, la codificación de la materia es regla, situación reforzada, en las últimas décadas, con la sanción de estatutos de seguridad, comúnmente adicionados a los cuerpos de leyes ya vigentes, como suce-

dió con la ley 14.068/72 de la República Oriental del Uruguay, incorporada al código de justicia militar en 1943.

Es interesante señalar que la doctrina latinoamericana otorga muy poca importancia a este aspecto del derecho penal y hasta hay autores que pretenden asignarle la calidad de derecho administrativo, como forma de minimizarlo jurídicamente. Dado que se trata de un aspecto que despierta tan escaso interés doctrinario y profesional, se opera un fenómeno de general desconocimiento que hace que incluso, por meras razones comerciales, resulte difícil obtener las legislaciones, ya que ni siquiera se editan en la forma usual para los restantes códigos. Estas carencias han dificultado considerablemente nuestra tarea, de modo que hemos preferido reducir el análisis fundamentalmente a cuatro legislaciones (Argentina, Brasil, Chile y México), sin perjuicio de introducir algún dato de las restantes. De cualquier manera, corresponde destacar que a este respecto también parece operarse, al menos en algunos países (como la Argentina y México, por ejemplo), un fenómeno de minimización jurídica análogo al que se produce con el desarrollo del derecho contravencional, lo que, dada la enorme importancia institucional y política que se deriva o puede derivarse del mismo, nos permite *recomendar*:

1) *Que la doctrina preste una mayor atención al derecho penal militar y a su elaboración científica y armonización con los principios constitucionales y jushumanitarios.*

2) *Que se fomente el más enérgico rechazo de las teorías jurídicas que encubren el fenómeno mediante una minimización y desjerarquización del derecho penal militar, reduciéndolo a una rama del derecho administrativo o a un ordenamiento de inferior importancia normativa.*

3) *Que se establezcan cátedras de derecho penal militar en todos los cursos de posgraduación.*

2. *Los principios del derecho penal de garantías en los códigos de justicia militar.*— Frente a opiniones doctrinarias que, a lo largo de una centuria, se han esforzado en señalar supuestas características diferenciales del derecho penal militar frente al ordinario, centrándose en un pretendido desconocimiento de reglas tales como el *nullum crimen sine conducta*, cabe concluir que dichos cuerpos de leyes —en la órbita latinoamericana— se mantienen en el haz de proyección nor-

mativa de tales preceptos axiomáticos. Así, v.gr., el Código de Justicia Militar de la República Argentina (art. 508) define el delito militar como “violación de los deberes militares”. Desde el momento en que se convenga en afirmar que tal violación no puede consistir en el mero trascurrir causal, sino que sólo una conducta humana puede enfrentarse a un deber e infringirlo, aparece irrefutable la obediencia del ordenamiento analizado a la máxima en cuestión. Más clara aún emerge la obediencia al mentado principio de varios artículos del Código Penal Militar de Brasil: tras comenzar estableciendo que “no hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal” (art. 1), dicho cuerpo codificado preceptúa que el delito se considera cometido “en el momento del acto u omisión” (art. 5), para definir poco después como “causa” del delito “la acción u omisión sin la cual el resultado no habría ocurrido” (art. 29). A su vez, tras exigir la expresa previsión de un hecho como infracción (art. 3) puntualiza que tales infracciones “son intencionales o culposas” (art. 14). El pertinente instrumento normativo del Uruguay define el delito militar aludiendo a “los actos que este Código, las leyes militares, los bandos militares en tiempo de guerra y los reglamentos del Ejército y la Marina sancionan con una pena” (art. 1). Por su parte el Código de Justicia Militar chileno (art. 205) remite al libro I del cuerpo de leyes ordinario que, en su art. 1, define el delito como “toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”.

También el *nullum crimen sine culpa* resulta receptado por los diferentes ordenamientos consultados: si bien el Código de Justicia Militar de la Argentina no es explícito en la materia, puede construirse dogmáticamente su definición de dolo a partir de la remisión que el art. 510 de ese cuerpo legal realiza en favor de la parte general del Código Penal, cuyo art. 42 permite definirlo como “el fin de cometer un delito determinado”; acudiendo —por su parte— a los tipos culposos, caracterizados genéricamente como casos de “imprudencia”, puede aseverarse que no existe responsabilidad penal militar por debajo de la culpa, aserto que se robustece al analizar todos los supuestos de aparente responsabilidad objetiva que configuran, en verdad, delitos preterintencionales (ej.: arts. 676, 677, 735, etc.).

El art. 14, ya citado, del código colombiano establece cla-

ramente las dos clases de infracciones punibles: intencionales y culposas, incluyendo el clásico concepto de culpa. De análogo modo, el código brasileño define ambas especies de delito, al tiempo que consagra el *numerus clausus* en cuanto a los delitos culposos (art. 33 y su párrafo). Otro tanto cabe decir respecto del código de México (art. 101).

El Código Penal chileno, operando en virtud de la remisión del art. 205 del respectivo ordenamiento de fondo en lo penal militar, estatuye que "las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete" (art. 2), para expresar luego que los cuasidelitos "se califican y se penan en los casos especiales que determina este Código" (art. 4).

Por cierto, la máxima *nullum crimen sine culpa* entendida como "no hay delito sin culpabilidad" sufre duros reveses en la gran mayoría de las leyes penales militares latinoamericanas, principalmente a través del genérico desconocimiento de la relevancia del error de prohibición directo o indirecto. Valga como ejemplo lo dispuesto por el código de México (art. 102, nos. III y V, respectivamente).

Esta tendencia a "particularizar" el derecho penal militar como un "derecho penal especial" en el sentido de que es independiente del derecho penal ordinario y que se rige por principios totalmente originales o bien por los del oscuro e indefinido "derecho penal administrativo", ha servido por regla general, para que con suma facilidad se afirmasen doctrinaria y jurisprudencialmente, criterios conforme a los cuales el derecho penal militar no se rige por casi ninguno de los principios del derecho penal. Lo cierto es que este argumento ha servido para que las "particularidades" del derecho penal militar consistiesen, en realidad, en soslayar todas las garantías constitucionales y acabar interpretándolo como una rama casi extraña al ordenamiento jurídico.

La inadmisibilidad de semejantes interpretaciones impone recomendar:

1) *Que se elaboren adecuadas interpretaciones del derecho penal militar, respetando los principios fundamentales del derecho penal garantizador, y las pautas constitucionales y de Derechos Humanos.*

2) *Que se promueva la introducción expresa de tales principios en los textos legales.*

3) *Que las modalidades propias del derecho penal militar se interpreten siempre como variables, pero nunca como cancelaciones de los principios del derecho penal y, menos aún, del derecho constitucional y de los Derechos Humanos.*

3. *Incorporación de infracciones y sanciones del derecho humanitario internacional.*— Prácticamente todos los países latinoamericanos son partes de las principales convenciones humanitarias, es decir, de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra; Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra), aunque no de los Protocolos Adicionales I y II de 1977 (“Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales” y “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”), lo que limita considerablemente la vigencia del derecho internacional humanitario en el área, haciendo necesario recomendar su ratificación. No obstante, existe una grave falencia incluso respecto de los Convenios de que son partes los países latinoamericanos, puesto que en muchos casos no se han incorporado a los respectivos códigos penales y de justicia militar disposiciones adecuadas a los postulados emergentes de dichos acuerdos internacionales.

Si bien debe entenderse que esos convenios tienen vigencia interna y forman parte de la legislación de cada país parte, lo cierto es que a causa de la falta de tipificación expresa de violaciones a los mismos, a veces sólo pueden quedar éstas subsumidas en otros tipos cuya pena no guarda relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que tutela. De cualquier manera, si esto se tradujese en una pretendida impunidad individual para crímenes contra la humanidad, no sería admisible, conforme a pautas de derecho internacional que nadie puede discutir seriamente, so pena de reducir a cenizas todo el esfuerzo del derecho humanitario.

Entre los que efectivamente han dotado a su ordenamientos en la materia de preceptos extraídos de tales convenios puede citarse a Colombia, cuyo código contiene, en el título IX, "Delitos contra la población civil", figuras tales como la devastación, el saqueo y la extorsión, y en el título XII, referido a "Delitos contra el derecho internacional", conductas relacionadas con el trato a prisioneros de guerra, violencia contra heridos asistidos por la Cruz Roja Internacional y uso ilegítimo de insignias pertenecientes a esa entidad benéfica.

Otro ordenamiento que ha incluido en su articulado las reglas humanitarias consagradas en los instrumentos internacionales de la última mitad del siglo es el chileno. El título III del libro 3º de ese código de justicia militar (arts. 259 y ss.) prevé los actos de hostilidades, maltrato a prisioneros de guerra, devastación, saqueo, despojo a heridos y prisioneros y uso indebido de los distintivos de la Cruz Roja.

Un fenómeno curioso y dramático a la vez, tiene lugar en los países que habiendo ratificado los convenios de Ginebra, no han incorporado sus disposiciones a los códigos de justicia militar y reservan para sus propios soldados, aun en tiempo de paz, un trato más riguroso y menos garantizador que el prescrito por tales convenios para los prisioneros de guerra (tal es, por ejemplo, el caso argentino). Cabe entender que los Convenios de Ginebra importan una serie de normas mínimas de trato humanitario que, si un Estado acepta respetar para con sus enemigos en la guerra, no puede menos que respetar para sus propios ciudadanos en la paz. Otro entendimiento resultaría contrario a la racionalidad republicana más elemental.

Resulta necesario *recomendar*:

1) *La incorporación a los restantes códigos, estatutos o leyes especiales, de los preceptos contenidos en los Convenios de Ginebra y de los concordantes instrumentos internacionales.*

2) *Que se interprete el derecho penal militar en cada país teniendo en cuenta la necesidad de compatibilizarlo con tales instrumentos y considerando derogadas o limitadas las disposiciones incompatibles con los mismos.*

3) *Que se entienda que las pautas mínimas garantizadoras que esos convenios establecen para los prisioneros de guerra, deben respetarse también como pautas mínimas para los nacionales.*

4) *Que los gobiernos latinoamericanos ratifiquen a la brevedad los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolos Adicionales I y II, de 1977).*

4. *La cuestión de la obediencia debida.*— Una de las fuentes de arduo debate en el campo jurídico-penal militar es la del alcance de la obediencia debida por el inferior jerárquico a la orden impartida por su superior.

Vale reseñar, al respecto, las principales posiciones sobre el tema, para abordar seguidamente su tratamiento normativo en el área.

La tesis extrema, en ese campo, está representada por la doctrina de la obediencia “ciega”, “pasiva” o “absoluta”, que implica un estado de total sumisión del subordinado a los mandatos del superior, sin posibilidad del menor análisis sobre su forma y contenido y con total exención de responsabilidad para el subordinado.

Dado que la tesis extrema, diametralmente opuesta, es decir, la que en cualquier caso obliga al subordinado a revisar la orden en toda su extensión (conocida con el nombre de “doctrina de las bayonetas razonables”), prácticamente no tiene seguidores, puede afirmarse que las tesis restantes son relativas o limitadas, ya que la que parece erigirse como diametralmente opuesta a la prevista —defendida por León Duguit— que asimila la obediencia debida a la obligación general de obrar conforme a la ley, hace su excepción, precisamente, en el terreno castrense, donde adhiere firmemente a la idea de la obediencia irrestricta. Cabe mencionar entre dichas posiciones relativas, la de la reiteración o *remonstratio*, la de la legalidad formal y la de la investigación o inspección limitada. Según la primera cabrá al inferior suspender la ejecución de una norma que estima ilegal, haciendo notar su irregularidad al superior y ejecutándola sólo en caso de recibir confirmación del mismo; la segunda le faculta a examinar la competencia del mandante y la satisfacción de las formas legales; la tercera autoriza —además del examen de competencia y formalidad— un restringido análisis de la licitud del contenido de la orden.

Pues bien, examinando los diversos instrumentos legales a nuestro alcance, no es tarea fácil pronunciarse asertivamente

sobre la existencia de "órdenes vinculantes" —correlato de la tesis de la obediencia ciega— o —por el contrario— respecto de eventuales limitaciones a esa posición extrema.

El código argentino, v. gr., prevé en su art. 514 la posibilidad de que, en cumplimiento de una orden, se cometa un delito, caso en el cual sólo será responsable el superior que la impartió, salvo el exceso del ejecutor en su cumplimiento. Si a ello se suman los tipos de los arts. 667 —insubordinación— y 674 —desobediencia— y la máxima del art. 675, según la cual "ninguna reclamación que el inferior tuviera con relación a la orden recibida, dispensa su obediencia ni suspende la ejecución de la misma", todo parecería indicar que el cuerpo de leyes en cuestión adhiere férreamente a la teoría de la obediencia absoluta. Sin embargo, a poco que se ahonde en la sistemática general del código, deberá repararse en la existencia de una limitación genérica al carácter pretendidamente vinculante de toda orden impartida en el ámbito castrense. En efecto, su art. 878 al definir como "acto de servicio" todo aquel que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas, deja fuera del hipotético campo de ordenación del superior, un sinnúmero de contenidos. A ello debe sumarse la restricción sostenida por la doctrina y de plurisecular raigambre según la cual carece de obligatoriedad el mandato tendiente a la comisión de hechos que implican una atrocidad. Por cierto, una interpretación mínimamente racional de la frase "acto de servicio" excluye de por sí toda orden dirigida a la concreción de un hecho fiero, cruel e inhumano, para atenernos a las acepciones proporcionadas por el diccionario de la lengua, respecto del vocablo "atroz". De tal suerte, aunque restringido, existe un cierto poder de inspección referido al contenido de la orden por parte del inferior en el derecho penal militar argentino.

Cabe apuntar que por ley 23.049 del año 1984, el gobierno constitucional de ese país introduce una regla interpretativa respecto de la máxima del código penal ordinario que prevé la situación de quien obra en virtud de obediencia debida, referida concretamente al personal de las fuerzas armadas y de seguridad que recibió órdenes durante el gobierno "de facto" instalado en el poder entre 1976 y 1983 en la Argentina. Se señala en la nueva norma que "podrá presumirse, salvo evi-

dencia en contrario, que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, excepto cuando consistiera en la comisión de hechos atroces o aberrantes". Como se aprecia, la elucidación apunta a ampliar el deber jurídico como exigente, pero mantiene el vallado de la *atrocitatem facinoris*.

Por su parte, los ordenamientos de Chile y Colombia se cuentan entre los escasos ordenamientos modernos que mantienen la vigencia de la reiteración o "remonstratio". En su art. 334 el cuerpo de leyes chileno prescribe: "Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior", para añadir un párrafo análogo al transcrito art. 675 del código argentino. Mas, seguidamente, dispone el art. 335 que "no obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de la orden, en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior. Si éste insistiera en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior".

El decreto colombiano 2782/65 expresa en su art. 15 que "la responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta. Cuando el subalterno que la recibe prevé que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, debe exponerlo así al superior; si éste insiste, el subalterno está obligado a cumplirla solicitando se la confirme por escrito".

En los restantes ordenamientos consultados, aunque la regla general parece inclinar el tratamiento de la cuestión hacia la postura de la obediencia estricta, se introducen excepciones de tal fuste que permiten considerar la subyacencia de facultades de investigación o inspección limitada. El código brasileño (art. 38, letra b, parágrs. 1 y 2), tras proclamar la inculpabilidad de quien comete un delito en estricta obediencia a la orden directa de superior jerárquico en materia de servicio, dispone que si el objeto de la orden consiste en la práctica de un acto manifiestamente delictuoso, o hay exceso en los ac-

tos o en la forma de ejecución, es punible también el inferior. De manera similar, el código penal militar de México prevé —entre las causales excluyentes de responsabilidad— la obediencia a un superior “aun cuando su mandato constituya un delito, excepto en los casos en que esta circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conocía” (art. 119, n° VI).

La situación se resuelve en Uruguay con una inversión de la presunción *juris tantum* en favor del inferior que ejecuta el mandato, respecto de la concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 29 del código de fondo ordinario, referentes a las condiciones de la obediencia debida (art. 17 CJM). Además, dado que el inciso “c” —3ra. y última condición de tal causal— de dicho artículo requiere “que el agente tenga la obligación de cumplirla”, la doctrina mayoritaria coincide en señalar que hay un deber de analizar la orden del superior, por cuanto la obligación de cumplirla depende de que resulte conforme a la ley, concepción que se emparenta, como puede apreciarse, con la teoría sustentada por Duguit.

Ya hemos expuesto la problemática general de la obediencia debida para los Derechos Humanos al ocuparnos de la legislación penal ordinaria. Es correcto admitir que, en el campo del derecho penal militar, se opera una relativa modificación de la fuerza vinculante de la obediencia jerárquica, pero este estrechamiento del vínculo en modo alguno puede excluir la responsabilidad del subordinado en los casos de crímenes atroces, como tampoco en actos ilícitos que no correspondan al servicio. Por consiguiente, son válidas en este punto las recomendaciones que oportunamente formulamos.

Sin perjuicio de lo expuesto, dado que en el ámbito jurídico-militar, el vínculo obligante resulta más estrecho y, por la naturaleza de la función militar, pueden presentarse las situaciones más extremas y de más graves consecuencias, es recomendable:

1) *Que los códigos militares regulen con precisión y conforme a principios adecuados a los Derechos Humanos la obediencia jerárquica.*

2) *Que bajo ningún concepto la obediencia jerárquica pueda excluir la responsabilidad por delitos atroces, ajenos al servicio o que importen violaciones a los convenios de Ginebra.*

3) *Que se modifiquen urgentemente las disposiciones que parecen consagrar la regla de la “obediencia ciega”.*

4) *Que se interprete como una gravísima violación de Derechos Humanos la aplicación textual e indiscriminada de la regla de la "obediencia ciega" en los casos de delitos que comprometan seriamente bienes jurídicos no militares.*

5. *El servicio militar de los ciudadanos.*— La mayoría de los países latinoamericanos ha legislado sobre la obligatoriedad de la prestación de servicios militares por parte de todo ciudadano varón mayor de determinada edad. En los propios textos constitucionales se establece tal deber de armarse en defensa de la nación: Argentina (art. 21), Brasil (art. 92), Colombia (art. 165), Panamá (art. 306), Paraguay (art. 125), Perú (art. 78), Venezuela (art. 53). México distingue, en su norma fundamental, entre la obligación ciudadana de alistarse en la Guardia Nacional y la prerrogativa de armarse para la defensa de la República y de sus instituciones (arts. 36, n^o 2 y 35, n^o 4).

Otros países como Costa Rica (en virtud de lo expresado al comienzo del presente capítulo) y Uruguay no han impuesto tal deber a sus ciudadanos.

En el primer grupo, pues, los convocados a la incorporación que no se presentaran, cometen una infracción que asume jerarquía delictual en algunos países (Argentina, Brasil, Chile, etc.) mientras que en otros (Colombia, p.ej.) sólo cometen delito, en tal extremo, los oficiales, suboficiales, soldados o marineros en retiro temporal o reserva.

En cuanto a la posibilidad de alegar una objeción de conciencia para eximirse de prestar el servicio militar obligatorio, puede afirmarse que la regla —en el área analizada— es la falta de previsiones legales. No obstante, en algunos países ostentan disposiciones que regulan la situación, como el Brasil, cuya ley fundamental (art. 153, parágrafo 6) declara que nadie será privado de sus derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si lo invocara para eximirse de una obligación legal a todos impuesta, caso en el cual la ley podrá determinar la pérdida de los derechos incompatibles con la excusa de conciencia. A nivel jurisprudencial tal principio ha quedado restringido a los casos en que el motivo alegado se reputa serio, como el caso de quien ha concretado voto de clausura. Por el contrario, la mera alegación de pertenecer a determinada corriente religiosa, ha sido desesti-

mada como causal de exención, en base a una antigua acordada del Supremo Tribunal Federal.

La legislación latinoamericana es remisa en admitir la objeción de conciencia; sin embargo, cuando esa objeción se asienta en un serio obstáculo de conciencia, por muchas que sean las argumentaciones prácticas, es indudable que la negativa a relevar la misma es contraria a un sano entendimiento de la ideología de los Derechos Humanos. Es incuestionable que la admisión de la objeción de conciencia y la eximición de los deberes que la afectan, por ejemplo, por vía de la asignación a servicios auxiliares, en nada puede afectar la defensa nacional de un país, por lo que resulta un inútil acto de violencia su ignorancia y la criminalización consecuente.

La objeción de conciencia, además, bien puede fundarse en lo que hoy se llama "derecho a la paz", reconocido como un derecho a la vez colectivo e individual, según las resoluciones de la asamblea general de las Naciones Unidas.

Otro problema seriamente planteado en pocas oportunidades y nunca correctamente resuelto es el desconocimiento a la patria potestad que eventualmente pueden implicar las leyes de servicio militar obligatorio. Los titulares de la patria potestad pueden querer educar a sus hijos conforme a principios que resulten incompatibles con el cumplimiento del servicio militar por parte de éstos y las leyes militares imponer tal servicio cuando aún los hijos no alcanzan su capacidad civil. En este conflicto entre los derechos de los padres y la exigencia del Estado, la solución debe inclinarse por los primeros, cuando se trate de una verdadera elección de conciencia y, más aún, cuando la misma sea compartida por los propios hijos.

Por último, no es posible negar el deber de cualquier ciudadano de contribuir a la defensa nacional y, por consiguiente, salvo los casos de conciencia a que hemos hecho referencia, le incumbe el deber de someterse a un entrenamiento adecuado. Sin embargo, la necesidad de impartir una adecuada instrucción para la defensa nacional no puede identificarse con un indiscriminado reclutamiento forzado, que nada tiene de racional en la técnica de defensa contemporánea, en que las fuerzas armadas requieren un nivel técnico para su eficacia que, en modo alguno puede suplirse con el mero número de reclutas forzados. El reclutamiento forzado e indiscriminado

de ciudadanos en tiempo de paz, resulta contrario a los Derechos Humanos, pues no se compadece con las necesidades racionales de la defensa nacional y, por ende, excede el deber de cooperación de cualquier ciudadano a la defensa nacional. Por consiguiente la negativa al mismo no puede erigirse arbitrariamente en delito.

En consecuencia, *recomendamos*:

1) *Que se introduzcan las reformas legislativas tendientes a admitir la objeción de conciencia como obstáculo al servicio militar.*

2) *Que se considere violatoria de Derechos Humanos la criminalización de quien formula una seria objeción de conciencia al servicio militar, cuando la asignación de servicios auxiliares no compromete la defensa nacional y la pena sólo puede responder a la mera violación de un deber.*

3) *Que en caso de conflicto entre los derechos inherentes a la patria potestad y el deber de cumplimiento de servicio militar de los hijos, se reconozca la prioridad de los primeros, particularmente cuando el hijo comparte los puntos de vista de sus padres.*

4) *Que se considere violatorio de Derechos Humanos el reclutamiento indiscriminado de personas en tiempo de paz, so pretexto de necesidades de la defensa nacional, lo cual, obviamente, nada tiene que ver con el deber de cualquier ciudadano de recibir una elemental instrucción militar para caso de guerra o emergencia.*

6. *Tribunales militares.*— a) *Posibilidad de juzgar civiles.* Puede afirmarse que, en general, los códigos consultados reservan la jurisdicción militar para los *delitos militares propios*, esto es, aquellos cometidos por militares y que afectan bienes jurídicos militares (delitos esencialmente militares) o bienes jurídicos militares y no militares (delitos militarizados) y *delitos militares de excepción*, es decir, aquellos legislados en bandos militares y en circunstancias excepcionales (guerra, conmoción interna, etc.).

De tal manera, salvo en estos últimos casos, la regla consiste en mantener a los civiles al margen de la autoridad de los tribunales castrenses.

Por cierto, la necesidad terrible de la guerra amplía las facultades jurisdiccionales de dichos organismos, al reservarles

el conocimiento y decisión respecto de ilícitos tipificados en el código de justicia militar cometidos por civiles, o por empleados y operarios no asimilados, prisioneros de guerra, personas que acompañan a fuerzas y habitantes de zonas ocupadas por el enemigo.

Pero, por el contrario, resulta inadmisibile el juzgamiento de civiles en tiempos de paz por tales organismos por representar un avance infundado sobre las potestades de los jueces naturales —la magistratura ordinaria— en casos en que aquella necesidad terrible no lo impone.

La constitución de Brasil ha proclamado que el fuero militar se extenderá a los civiles, en los casos previstos legalmente, “para la represión de delitos contra la seguridad nacional o las instituciones militares” (art. 129, párrafo 1), con lo que queda trasgredida la conveniente separación de fueros. La ley 7170/83 define los delitos contra la seguridad nacional complementando aquella norma.

Otro tanto cabe precisar respecto de Uruguay, donde las disposiciones del Código Penal Militar de ese país, que delimitaban cuidadosamente la extensión de la jurisdicción militar, quedaron desvirtuadas desde la entrada en vigencia de la ley 14.068, llamada “ley de seguridad del Estado”, que incorporó al Código Penal Militar un nuevo capítulo, referido a los “delitos de lesa nación”, título que comprende ilícitos tales como el “atentado a la constitución” o diversas asociaciones ilícitas calificadas, configurando así “falsos delitos militares”, materia justiciable que quedaba sustraída al *imperium* de los tribunales civiles. Esta extensión se llevó a cabo mediante una interpretación no muy clara del art. 253 de la Constitución que dice: “La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso del estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometa, estarán sometidos a la justicia ordinaria”.

Mayor morigeración revela, en este terreno, la ley sobre seguridad del Estado —12.927— de la República de Chile, toda vez que, tras enunciar una amplia gama de conductas contra la soberanía, la seguridad interna, el orden público y la normalidad de las actividades nacionales —incluyendo las huelgas y el “lock-out”— establece que, cuando los delitos sean cometidos exclusivamente por civiles, conocerá en ellos un ministro de la Corte respectiva, y en segunda instancia dicha Corte,

con excepción de ese ministro (art. 26). Mas esa prudencia no se traslada al caso en que tales figuras sean cumplimentadas por individuos sujetos al fuero militar y por civiles, conjuntamente: en dichos supuestos la ley erige en juez de primer grado al juzgado militar respectivo y en segunda instancia a la Corte marcial (ídem).

b) *Composición y vinculación con el poder judicial.*— Con diferentes denominaciones, los distintos códigos de justicia militar han establecido juzgados y tribunales propios agrupados, básicamente, en dos instancias, con la particularidad de que buena parte de los ordenamientos prevé foros específicos para tiempo de guerra, con composición y reglas rituales perfectamente diferenciadas de los órganos judiciales estables.

Las relaciones de esos tribunales con el poder judicial son variables. En casos como el de Brasil la constitución declara que los tribunales y jueces militares integran el poder judicial de la república (art. 112, parágrafo IV y Ley Orgánica de la Magistratura Nacional, art. 1, parágrafo IV). No obstante, la inserción de tales tribunales en la estructura judicial general apenas se revela en materia de recursos ordinarios o extraordinarios. El código de proceso penal militar de ese mismo país estatuye que el juez no deberá obediencia, sólo en los términos legales, a la autoridad judicial superior a él (art. 36, parágrafo 2).

En Colombia, sólo la materia impugnativa —recursos de revisión y casación— y las cuestiones de competencia entre autoridades civiles y militares sirve de nexo al máximo tribunal de la nación y los jueces y tribunales castrenses. A su vez, estos últimos son estructuralmente independientes de las fuerzas armadas, pese a lo cual el código de justicia militar establece que el comandante general de las fuerzas armadas será presidente del Tribunal Superior Militar (art. 321).

Por su parte, Chile prevé mayores atribuciones de la Corte Suprema de Justicia (recursos de casación, revisión y queja; cuestiones de competencia, recusaciones, extradición activa), previendo su integración, a tales fines, con el auditor general del ejército o quien deba subrogarlo.

Los requisitos para desempeñarse como juez de instrucción militar no son uniformes. El cuerpo de leyes brasileño exige que dicho magistrado sea civil y licenciado en leyes. El juez auditor forma parte, como orientador del proceso, del

Consejo Especial de Justicia, conformado por cuatro oficiales de grado superior al del acusado más antiguo, en caso de ser de igual grado. La presidencia del consejo es ejercida por un oficial superior.

En Colombia no aparece como requisito ineludible tal formación jurídica: la calidad de funcionarios de instrucción penal militar abarca tanto a los magistrados del Superior Tribunal Militar y jueces de instrucción penal militar, como a oficiales designados por estos últimos, cuando se trata de procesos penales contra personal de tropa o contra civiles sin categoría de oficial y no se disponga, en el lugar de los hechos, de un juez de instrucción militar u oficiales o civiles designados especialmente por el comandante general de las fuerzas armadas (art. 357 del respectivo código).

En cuanto a los defensores en el proceso penal militar, tampoco es pacífico el criterio.

En consonancia con la Constitución federal (art. 153, párrafo 15), que garantiza a todos los acusados, independientemente de la naturaleza del proceso, la amplia defensa, con los recursos inherentes a ella, el Código de Procedimiento Penal Militar proclama que ningún acusado —aun ausente o rebelde— será procesado o juzgado sin defensor (art. 71). Dicho defensor es constituido libremente por el reo, y debe ser abogado inscrito en la correspondiente orden profesional (arts. 71 y ss. de dicho cuerpo de leyes y decreto ley 1003/69).

En Chile, en cambio, los defensores ante tribunales militares pueden ser abogados autorizados para ejercer la profesión ante un tribunal ordinario de jerarquía semejante, o bien oficiales de ejército y marina que no tengan un grado superior a los miembros del tribunal que conocieran de la causa, salvo excepciones (art. 198, *cód. cit.*). De modo análogo, en Colombia “los cargos de apoderado y defensor pueden ser desempeñados por oficiales de las fuerzas armadas en servicio activo o en uso de buen retiro, o por oficiales titulados e inscritos...” (art. 393 del código de justicia penal militar).

En la Argentina no existe libertad de elección de defensor, pues éste debe ser un oficial de las fuerzas armadas, designado por el tribunal.

Es evidente que no todas estas regulaciones satisfacen los requerimientos de los Derechos Humanos. Ya nos hemos referido a algunos de estos aspectos al considerar la relación del

derecho procesal penal y los Derechos Humanos en el área, por lo que no insistiremos en ellos. Es incuestionable —y vale la pena subrayarlo— que un tribunal integrado por personas que se hallan en una relación de dependencia con el poder ejecutivo no reúne los requisitos de “objetividad” e “imparcialidad” reclamados por los documentos internacionales de la materia. El argumento conforme al cual los funcionarios del poder ejecutivo que asumen funciones de “jueces militares”, pese a su dependencia gozan de absoluta autonomía en sus resoluciones, resulta falso, porque no puede considerarse “independiente” el criterio de quien está sometido al poder disciplinario de otro poder del Estado, y menos aún de un poder disciplinario tan rígido y conminatorio como el militar.

Esto no sólo hace inadmisibile el sometimiento de civiles a cuerpos integrados por funcionarios del poder ejecutivo total o parcialmente, sino que el mismo sometimiento de militares a estos cuerpos es violatorio de Derechos Humanos.

Cabe consignar que es una cuestión en absoluto indiferente a los Derechos Humanos y reservada a criterios de oportunidad en lo político-judicial, el establecimiento de una “justicia militar” como rama especializada del poder judicial, cuyos tribunales se integren con jueces independientes, pues lo único violatorio de Derechos Humanos, es este aspecto, es la integración de los cuerpos que juzgan por funcionarios dependientes del poder ejecutivo y sometidos al poder disciplinario del mismo. En otras palabras: cada país puede evaluar el volumen de trabajo y la conveniencia de que un sector del poder judicial se ocupe de los delitos militares, lo cual para nada compromete los Derechos Humanos. Pero no es posible que ese conocimiento se asigne a un órgano integrado por funcionarios del poder ejecutivo, porque allí se comprometen los Derechos Humanos, dado que no se satisfacen los requisitos de un tribunal independiente, sea que se someta al mismo a militares o a civiles.

La única limitación que razonablemente puede imponerse al principio de judicialidad es la de la necesidad extrema, y ella ni siquiera puede extenderse a todo el derecho procesal penal militar de tiempo de guerra, porque no pueden asimilarse las zonas de operaciones o de peligro a aquéllas en que éste no existe. Por otra parte, pueden también darse situaciones de necesidad extrema sin guerra, como en el supuesto de cata-

clismos naturales, de catástrofes que provoquen carencia total de alimentos o agua, de explosiones nucleares accidentales, etc. Sin embargo el enunciado de todos estos supuestos no permite que, lisa y llanamente, se afirme que en situación de guerra o catástrofe nacional entre automáticamente en crisis el principio del juez natural y el de judicialidad. En principio, pues, no bastaría con la mera situación de guerra o de catástrofe nacional, sino que, se requeriría que esta situación haya generado una necesidad local de naturaleza tal que haga impracticable el respeto al principio de judicialidad. Es posible, por ejemplo, que se deba apelar a procedimientos sumarios, pero incluso tales procedimientos pueden llevarse a cabo por tribunales integrados con jueces. El principio de judicialidad, es decir, el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, sólo puede ceder ante una necesidad terrible e impostergable, y tal necesidad no se produce automáticamente con un estado de guerra o con una catástrofe, sino que éstas son sólo situaciones en las que *puede producirse*.

Por otra parte, hay regulaciones del proceso penal militar que también son lesivas de Derechos Humanos, como las que disponen que los cuerpos que juzgan se integren con funcionarios o militares de diferentes jerarquías, según el grado militar del procesado, lo que, además de quebrar el principio de judicialidad, viola la igualdad ante la ley.

En cuanto a la defensa, es obvio que se lesiona el derecho a la misma cuando se exige que el procesado elija como defensor a un oficial de las fuerzas armadas, pues no sólo está sometido al poder disciplinario militar el cuerpo que lo juzga, sino también el defensor, lo que es inadmisibile desde todo punto de vista. Además, no es posible que mediante argumentos absurdos, tales como la "seguridad del Estado" o análogos, se prive a un ciudadano del derecho a defensa letrada. Si a ello sumamos que en algunos textos las audiencias de los llamados "consejos de guerra" son "secretas" por razones de "seguridad del Estado", se viola también el principio de publicidad y, de este modo, se llega al colmo de que prácticamente no hay Derecho Humano procesal alguno que resulte indemne a los abusos de algunas regulaciones de la materia.

Lo señalado no sólo es aberrante cuando se trata de someter civiles a tribunales militares, sino que es igualmente violatorio de Derechos Humanos cuando una justicia especializada

puede justificarse por el incuestionable estado militar de los procesados. Un soldado no deja de ser un ciudadano y de tener los mismos derechos que cualquier ciudadano, aunque éstos deba ejercerlos con modalidades propias, pero el modo no puede alterar su existencia misma. El desconocimiento de estos Derechos Humanos del militar implica una violencia interna en las fuerzas armadas de nuestros países que fomenta las arbitrariedades y la formación de grupos dominantes que distorsionan la organización de las fuerzas armadas en la región. Como ya lo hemos señalado, el absurdo llega a un punto en el cual se le niega a un soldado nacional en tiempo de paz las garantías procesales que se le acuerdan al prisionero enemigo en tiempo de guerra.

En algunos textos latinoamericanos está previsto que el ejercicio de la acción penal militar se someta al principio de oportunidad, ejercido por el poder ejecutivo, al menos cuando se trata de oficiales superiores o generales. Estos textos, al no reglamentar racionalmente el ejercicio de este criterio de oportunidad, dan lugar a una abierta violación de la igualdad ante la ley que, obviamente, debe ser remediada, sea por vía jurisprudencial —restringiendo esta facultad en armonía con la Constitución y los Derechos Humanos— o mediante una regulación legal que la suprima o la limite en forma racional.

Cabe insistir en que todas estas violaciones a los Derechos Humanos se prevén al amparo de una teoría muy particular y que ya hemos rechazado enérgicamente: la naturaleza pretendidamente administrativa del derecho penal militar y de la “justicia militar”. Esta tesis implica una confusión entre el derecho penal militar y el derecho disciplinario militar y, por otra parte, no puede llegar jamás a explicar el desconocimiento de la dignidad humana que importa, al pretender que puede jurídicamente suprimirse una vida humana en razón de un mero acto administrativo. Esta inadmisibles y contradictoria confusión de conceptos con la cual se pretende racionalizar todas las violaciones a los Derechos Humanos que acabamos de reseñar debe ser cuidadosamente rechazada e insistirse en la naturaleza “penal” del derecho penal militar y, por ende, en la necesaria legalidad y judicialidad de su aplicación procesal.

Por lo expuesto, es *recomendable*:

1) *Considerar violatoria de Derechos Humanos la integración de un tribunal con personas sometidas al poder discipli-*

nario del poder ejecutivo o al poder disciplinario militar, aun cuando se garantice formalmente su autonomía de criterio y aun cuando se trate de juzgar a personas con estado militar.

2) Considerar violatorio de Derechos Humanos el sometimiento de cualquier persona —militar o no militar— a un tribunal no independiente, incluso en ocasión de guerra o catástrofe, cuando no sea necesario en forma ineludible y por claro imperio de esas circunstancias.

3) Considerar violatoria de Derechos Humanos la restricción a la libre elección de defensor en el ámbito militar, la imposición de un defensor o la privación de defensa letrada.

4) Considerar violatoria de Derechos Humanos la privación del control de publicidad del proceso penal militar y cualquier discriminación en la integración del tribunal en razón del grado militar del procesado.

5) La arbitraria estipulación del principio de oportunidad procesal en el derecho militar es violatoria de la igualdad ante la ley, por lo tanto se hace imperioso limitarla jurisprudencialmente o regularla legislativamente en forma racional.

6) Recordar en todo momento la necesidad de refutar cuidadosa y enérgicamente la tesis que pretende justificar todas estas violaciones a los Derechos Humanos por la vía de la pretendida naturaleza administrativa del derecho penal militar.