

OBSERVACIONES EN TORNO A LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

IVÁN MEINI

SUMARIO: § 1. Introducción. El «delito de función». § 2. Las infracciones intencionales y culposas. § 3. Error. § 4. Omisión. § 5. *Iter criminis*. § 6. Autoría y participación. § 7. Unidad y pluralidad de delitos. § 8. Causas de excluir la tipicidad. § 9. Causas que excluyen la responsabilidad penal en sede de antijuricidad. § 10. Causas que excluyen la responsabilidad penal en el ámbito de la culpabilidad. § 11. Responsabilidad restringida. § 12. Valoración final.

§ 1. INTRODUCCIÓN. EL «DELITO DE FUNCIÓN»

1. Las diferencias que se advierten cuando se comparan los criterios de imputación de responsabilidad válidos en el Derecho penal «común», por un lado, y en el Derecho penal militar, por otro, se derivan de las concretas áreas que cada cual pretende regular, de la calidad de los sujetos a quienes se sancionan y, en algunos casos, de los bienes jurídicos que se protegen. Esta idea se desprende ya del texto constitucional, cuyo art. 173 establece, en lo que aquí concierne, que «en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste [CJM] no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo

que la ley determina. (...) Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar». Son pues tres los supuestos en los que resulta procedente emplear el CJM: primero, cuando algún miembro de las FFAA o de la PNP perpetre algún delito de función; segundo, si se comete un delito de traición a la patria o de terrorismo, independientemente de si el sujeto es militar o civil; y, tercero, al incumplirse las normas que regulan el Servicio Militar Obligatorio.

2. Dejando al margen la cuestionable prerrogativa de juzgar civiles que detenta la jurisdicción militar —lo que, no obstante, podría justificarse si se tiene en cuenta que en casos de guerra externa el delito de traición a la patria compromete de manera grave la seguridad y estabilidad de la nación—, me interesa ahora llamar la atención sobre el denominado «delito de función», supuesto de hecho que permitirá la aplicación del CJM a los miembros de las FFAA y PNP según lo declara expresamente la propia Constitución.

La primera aproximación al contenido del delito de función ha de ser la lectura del art. 173 Const. y, recién, luego, la admisión de que se encuentra previsto en el CJM¹. Así, como genero, y según la cualificación del sujeto activo, el delito de función es un delito especial propio², ya que la condición de aquél, miembro de las FFAA o PNP³, es el elemento que opera como fundamento de la sanción y no como mero agravante de ésta. Esta afirmación, no obstante, podrá ser suscrita en la medida en que se tenga en cuenta únicamente el CJM, puesto que si se atiende a la normativa penal en su integridad, cabe admitir que existen delitos incardinados en el CJM que constituyen supuestos agravados de delitos tipificados en el CP. Sucede así, por ejemplo, con algunas modalidades del delito de rebelión y de sedición, en donde los arts. 101.1 y 101.4 CJM aparecen como supuestos agravados de los arts. 346 y 347 CP, respectivamente. Esto demuestra, al menos en estos casos, que el llamado delito de función es un delito especial impropio que sirve como agravante frente a sus correlativos delitos comunes que regula el CP.

3. En la concreción del delito de función podría adoptarse un criterio *formal* o de *ubicuidad*, con arreglo al cual todos los delitos que contiene el CJM serían delitos de función. Esto implicaría, no obstante, hacer caso omiso al dato que así como en muchos de los tipos penales del CJM subyace un deber funcional-

1 La cuestión de si todos los delitos del CJM son delitos de función o sólo algunos de ellos será valorada *infra* § 1.3. y 4.

2 SAN MARTÍN, 1999, I, p. 103.

3 Y, por extensión, también las personas señaladas en los arts. 232 y 325 CJM.

castrense que constituye el núcleo del injusto⁴, como por ejemplo en los delitos de infidencia (art. 86.1, 2 y 7), insulto al superior (art. 142), insubordinación (art. 152) y desobediencia (art. 158), que serían genuinos delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*), en muchos otros casos el CJM se limita a tipificar delitos en los que no es posible identificar la violación de algún deber especial, inherente, propio y exclusivo de los miembros de las FFAA y PNP. Esto lo que ocurre, por ejemplo, en el delito de ultraje a la nación y a sus símbolos representativos del art. 98, o en el de rebelión que prescribe el art. 101, en donde cualquiera, sin necesidad de ser militar o policía, puede incurrir en responsabilidad penal por los mismos hechos (arts. 344 y 345 CP para el delito contra los símbolos y valores de la patria, y arts. 346 y 347 CP para el delito de rebelión). Esta situación se hace más evidente aún en el PCJM, con la tipificación del homicidio por negligencia (art. 254 *in fine*).

Una de las consecuencias inmediatas del criterio formal sería que el art. 173 Const. obligaría a aplicar el CJM ante la comisión de *cualquier* hecho ilícito contemplado en el CJM por parte de un miembro de las FFAA o PNP y someter al autor al fuero militar. Este parece ser el criterio que sigue la doctrina nacional y el que ha seguido la jurisprudencia. Y esto no debe de extrañar si se tiene en cuenta la importancia que adquirieron las FFAA y PNP para la consecución de los objetivos que en la década pasada persiguió el gobierno totalitario de turno, pues, en la lógica de éste, era importante otorgarles cierta cobertura jurídica, sustantiva y de procedimiento, que les asegurase, si bien no la impunidad, sí un «tratamiento especial». En otras palabras, y como es por todos sabido, el fuero militar no se ha caracterizado precisamente por proceder con imparcialidad en el juzgamiento de todos los miembros de las FFAA y PNP.

4. En contraposición al criterio formal pueden ensayarse también la concreción del delito de función acorde con un criterio *material*, en mérito al cual cabría reconocer que el adjetivo «función» que califica al sustantivo «delito» sugiere que el bien jurídico protegido guarda relación con las finalidades, organización y/o funciones que constitucionalmente le corresponden a las FFAA y PNP⁵. De ahí se sigue que, para el criterio material, en el delito de función subyace un deber propio, inherente y exclusivo de los miembros de las FFAA y PNP (y esta es la razón para considerar al delito de función como delito especial), de suerte que cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las FFAA o PNP no se tratará de un delito de función. Por lo mismo, para afirmar la existencia de un delito de función no sería suficiente con que un militar o policía sea el sujeto activo, sino que sería necesario, además, que realice el acto típico

4 ROXIN, 1992, § 25, num. margs. 7 ss y 34 ss; CRAMER, núm.marg. 71, previo al § 25; JAKOBS, 21/116 ss.

5 FERNÁNDEZ SEGADO, p. 158; SAN MARTÍN, 1999, I, p. 104.

incumpliendo el especial deber que como miembro de las FFAA o PNP ostenta⁶. Si a esto se le añade que la consecución de los objetivos que persiguen las instituciones castrenses⁷, la naturaleza de las relaciones intersubjetivas que en ellas concurren, así como la necesaria operatividad y funcionalidad que todo ello implica exigen que éstas se organicen con arreglo al principio de jerarquía y subordinación, parecería ser que el delito de función bien podría configurarse con arreglo a la categoría de los delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). Esta afirmación resultaría compatible con el hecho de que sólo a los que están vinculados a las FFAA o PNP por una especial relación institucional de subordinación y obediencia se les pueda aplicar el CJM, y a aquel otro que sugiere que las conductas que éste prevé deben lesionar o poner en peligro bienes jurídicos relacionados con las finalidades, organización y funciones de las FFAA y de la PNP.

Pero lo que quiero recalcar aquí es que si se adopta un concepto material de delito de función se tendría que interpretar a renglón seguido que cuando el art. 173 Const. establece que «en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar» se estaría posibilitando, *a contrario*, que los miembros de las FFAA y PNP que cometan delitos que según el criterio material no son de función pero que no obstante contemple el CJM (por ejemplo, los ya señalados arts. 98 y 101 CJM o el homicidio por negligencia del art. 254 *in fine* PCJM), sean juzgados en el fuero común. De esta manera se reivindica que aquellos delitos que no se erigen sobre la base de la violación de un deber exclusivo e inherente al personal castrense —que no es lo mismo que delinquir en ejercicio de la función— no tienen razón de ubicarse en el CJM, puesto que al no ser delitos de función, resultaría irrelevante que el sujeto activo sea un militar, policía o civil, que el bien jurídico protegido guarde relación con los objetivos, fines y funciones de las FFAA y PNP y que estas últimas sean el sujeto pasivo. A favor de este criterio se puede invocar el art. 6.6 de la Ley 24710, publicada el 27.06.87, que dispone que «si el delito fuere *puramente* militar» no es admisible la extradición. *A contrario*, deben existir delitos que no sean puramente militares. Una interpretación que diera coherencia a este último precepto citado sería entender que los delitos puramente militares son aquellos delitos de función según el criterio material, pues en ellos, al lesionarle un bien jurídico que guarda relación con los fines, funcionamiento y organización de las FFAA y PNP y ser el sujeto activo un miembro de éstas, no tendría sentido conceder la extradición pues parecería no existir un interés del Estado extranjero

6 Por eso los militares o policías en estado de retiro no puedan ser considerados como sujetos activos y no se les aplica el CJM, pues no realizan actos de función militar o policial. En el mismo sentido, SAN MARTÍN, 1999, I, p. 107.

7 Ver art. 165 y 166 Const.

solicitante para juzgar o penar al autor del delito. En los delitos que no fueran puramente militares, siempre bajo el criterio material, a pesar de estar plasmados en el CJM, tal interés si podría existir y la extradición sería viable.

Con todo, los resultados a los que llega el criterio material no siempre serían compartibles *de lege lata* con el art. 340 CJM, que indica que cuando la misma infracción se encuentre comprendida tanto en el CJM como en el CP conocerá de la causa la Justicia Militar si ésta se encuentra expedita conforme a las reglas sobre jurisdicción y competencia contenidas en este mismo Código. Lo mismo habrá que entender a la luz del art. 348 PCJM.

5. Parece ser pues que tanto el CJM como el PCJM obligan a aceptar el criterio de «ocasionalidad» para definir el delito de función. En mérito de éste, si la infracción es cometida por un miembro de las FFAA o de la PNP en circunstancia calificadas como actos de servicio o análogas a la función militar, se tratará de un delito de función⁸. Y en esta idea ahondaría opiniones⁹ que sugieren que el tipo de lo injusto del delito de función está constituido, además de por el hecho de que el sujeto activo ha de ser un miembro de las FFAA o de la PNP, por una conducta que debe estar vinculada a la función militar o policial y por el hecho de que el sujeto pasivo debe ser las FFAA o PNP como instituciones reconocidas por la Constitución. La exposición de motivos del PCJM se expresa en sentido similar cuando señala que «el delito militar¹⁰ requiere para su configuración una conducta violatoria de *un deber relativo a las funciones propias de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional*, la que requiere como supuesto que la conducta punible haya sido cometida por *un militar o policía ejerciendo funciones de tal*, siendo una condición primordial que el sujeto activo del ilícito penal se encuentre en situación de actividad». Si bien en un principio parecería que la exposición de motivos del PCJM se inclinaría por el criterio material cuando se refiere a un deber relativo a las funciones propias de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, luego trastoca de sentido cuando afirma que la conducta debe haber sido cometida por un militar o policía ejerciendo funciones de tal.

Con esta definición no se logra aprehender con suficiente nitidez el deber exclusivo e inherente que vincula al miembro de las FFAA y PNP con su institución. Repárese una vez más en el ya citado caso del homicidio negligente

8 Véase, EGUIGUREN PRAELI Y OTROS, 1986.

9 SAN MARTÍN, 1999, I, p. 103.

10 La diferencia terminológica entre delito de función/delito militar no genera problema alguno, pues es presumible que en el PCJM se denomine delito militar para guardar cierta coherencia con el *nomen* Código de Justicia Militar.

del art. 254 *in fine* PCJM. Ciertamente que un militar puede cometerlo en el ejercicio de su actividad —también lo puede hacer un transportista—, pero ello no es razón suficiente para considerarlo como delito de función, pues no hay una diferencia en el bien jurídico, ni en el desvalor de acción ni de resultado, con el homicidio culposo que regula el art. 111 CP. Es más, las penas con que se conmina la conducta tipificada en el art. 254 *in fine* PCJM es la misma que la del art. 111 CP para el supuesto básico (no mayor de dos años), y *menor* en el caso en que sean varias víctimas o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, ocupación o industria (no mayor de cinco años en el PCJM y de dos a seis años en el CP); esto, sin contar que en el homicidio por negligencia del PCJM, a diferencia del del CP, no se prevé las penas de prestación de servicios comunitario ni la inhabilitación, aunque ésta puede ser decretada en el ámbito militar como pena accesoria. Todo esto demuestra la confusión en la que incurrió el legislador, pues la incorporación del homicidio por negligencia en el PCJM es celebrada en la exposición de motivos invocando el incontestable pero absurdo argumento de que «no estaba tipificado en el Código de Justicia Militar». Bajo tal criterio cabría incorporar también en el PCJM, por ejemplo, al aborto, la bigamia, el proxenetismo, el acaparamiento y el delito ecológico, que tienen tan poco en común con la función militar como el homicidio. En suma, cuando se revisa el catálogo de delitos que contiene el PCJM, y lo mismo sucede hoy en día con el CJM, se advierte que opera el criterio formal en la concreción del delito de función.

§ 2. LAS INFRACCIONES INTENCIONALES Y CULPOSAS

1. El CJM y el CP se rigen por los mismos límites al *ius puniendi*. Este postulado se desprende no sólo de la naturaleza de las cosas, en tanto el Derecho penal militar es Derecho penal, sino que se deriva también de los arts. 1 y 2 CJM y del art. II TP del CP, que recogen el principio de legalidad, así como de la aplicación supletoria de la Parte general del CP por parte de la Jurisdicción Militar (art. 744 CJM¹¹). El CJM, a diferencia del CP, ofrece una definición de la infracción intencional y de la culposa. Esta forma de proceder puede encontrar su razón de ser en una eventual voluntad pedagógica del legislador penal militar, en el sentido de que el Juez Militar se encuentra informado por y vinculado a tales definiciones¹²; aunque también se puede afirmar en contra que le

11 Y también el art. 743 PCJM.

12 Esto no ha de entenderse necesariamente como el reconocimiento de que el nivel académico de los Jueces nacionales no es idóneo, pues, por ejemplo, en el Código Penal Suizo (§ 18) sucede lo mismo.

corresponde a la jurisprudencia y a la dogmática dar contenido a las categorías jurídico-penales.

2. La infracción intencional se define en el art. 5 CJM como «la que se deriva directamente de una acción u omisión consciente y voluntaria»¹³. A partir de este precepto se advierte claramente cuál es el concepto de dolo (o de «intención» según la terminología de la que se vale el CJM) vigente en el Derecho penal militar: conocimiento y voluntad. Es este un concepto respecto al cual la doctrina mayoritaria se muestra partidaria y, como tal, parece no haber mayor inconveniente en aceptarlo. Su valor radica en descartar de la discusión jurisprudencial la eventualidad de adoptar una concepción cognitiva del dolo, con arreglo a la cual bastaría que el agente se percate de que su conducta representa un riesgo prohibido de lesión para un bien jurídico¹⁴. No obstante, dicho cometido se hubiera podido conseguir sin necesidad de tal explicación legislativa, puesto que en el art. 8 CJM implícitamente se exige que la infracción intencional sea consciente y voluntaria. En efecto, este precepto establece que hay delito frustrado «cuando perpetrado el hecho criminal, no produce el mal *que se propuso* el culpable por causas independientes a su voluntad», de donde se deduce que si en el delito frustrado se exige voluntad, *a fortiori*, en el delito consumado también.

3. La definición de la infracción culposa se consigna en el art. 7 CJM como «la que es consecuencia de un acto lícito ejecutado sin las precauciones requeridas por las circunstancias y por la condición o situación personal del actor, causando un daño que pudo evitar». Al respecto, cuatro ideas.

(a) En el CJM no se prevé precepto alguno que indique que las infracciones culposas son punibles únicamente en los casos en que se encuentren expresamente previstas por la Ley, como ocurre con el art. 12 CP. Si además se tiene en cuenta el art. 40 CJM que establece que «al que haya delinquido sólo por culpa, se le castigará con la pena que sigue en la escala descendente a la que corresponde al mismo delito intencional», se tiene que en el CJM opera el criterio de *numerus apertus* en la regulación de la imprudencia. Y aquí nada tiene que ver que se regule un título específico con diversas modalidades del delito de Negligencia (arts. 238 a 257 CJM), ni que en algún supuesto específico se tipifique una sanción expresa para el delito cometido por imprudencia (art. 282 CJM), toda vez que, en el caso del delito de Negligencia, su tipificación expresa se debe a que no existe un delito que conmine a título de dolo las

13 En el PCJM, art. 11, se cambia el término «intencional» por el de «dolosa».

14 FRISCH, p. 97 ss; ZIELINSKI, § 15,16 núm. marg. 18 (véase aquí las múltiples referencias bibliográficas)

conductas que en él se reprimen y a partir del cual reducir la pena en caso de su comisión negligente, y el art. 282 CJM se trata de una excepción a la regla general contenida en el art. 40 CJM, puesto que la pena correspondiente en la escala descendente que de conformidad con éste precepto y según los arts. 37 y 22 CJM correspondería, sería la de reclusión militar o expulsión de los Institutos Armados y no la de reclusión o separación del servicio. Tampoco sería válido afirmar que por imperio del art. 447 CJM se haya de aplicar supletoriamente el art. 12 CP (criterio de *numerus clausus*) a los supuestos de imprudencia del CJM, ya no sólo porque el art. 447 CJM, según su propia literalidad, se invoca cuando «se trate exclusivamente de suplir alguna omisión en sus disposiciones» y no cuando existan regulaciones diferentes, sino también porque en el CJM no hay delitos que se encuentren tipificados expresamente como culposos.

Con arreglo a todo esto, habrá que recurrir a la naturaleza del delito para precisar si procede o no su comisión y posterior sanción por imprudencia. De la lectura de la Parte especial del CJM, no obstante, se aprecia que la mayoría de las infracciones son perpetrables sólo a título de dolo. En todo caso, la cuestión no ofrece mayores inconvenientes cuando, por ejemplo, se requiere que el sujeto actúe con dolo directo (*v.gr.* actuar con conocimiento o a sabiendas: arts. 78.16, 96, 147.6, 200.2 y 279.2 CJM), cuando expresamente se indique que se ha de proceder dolosamente (arts. 279.9 y 281.2 CP) o maliciosamente o con malicia (arts. 279.8 y 281.1 CJM).

La situación no varía en el PCJM, y es de lamentar no aprovechar la oportunidad que representa un proyecto de ley para incorporar en él las modificaciones necesarias.

(b) La segunda cuestión que suscita la regulación de la imprudencia en el CJM radica en que se hace alusión a que la imprudencia se determina con arreglo a «las precauciones requeridas por las circunstancias y por la condición o situación personal del actor», o lo que es lo mismo, que la concreción del deber de cuidado no se corresponde con el baremo del «hombre promedio» y, por lo tanto, el deber de cuidado exigible no es uno objetivo-general aplicable a todos los miembros de las FFAA y PNP, sino que a cada quien, según sus habilidades, capacidades, cualidades, experiencia, pericia, etc., (según las circunstancias y la condición o situación personal del actor en la terminología del art. 7 CJM), se le demanda un específico deber *individual* de cuidado. Este postulado se confirma además con la coletilla del art. 7 CJM, pues el «daño que (el actor) pudo evitar» resulta incompatible con el concepto de deber objetivo-general de cuidado. Las consecuencias prácticas de esta previsión

legal, propia de la teoría individualizadora del baremo de la imprudencia¹⁵, se aprecian en orden a que, por ejemplo, la persona cuyas capacidades de conducción de vehículos a motor sean inferiores a las del hombre promedio, y en circunstancias en las que un conductor promedio hubiera podido evitarlo pero él no, lesiona a otra persona, no realiza una acción atípica, pues no ha vulnerado *su* deber de cuidado. Pero otro sujeto que a diferencia del anterior no hace uso de sus especiales capacidades que lo ubican por encima del hombre promedio, realiza una acción típica al haber infringido *su* deber de cuidado.

(c) En tercer lugar, la redacción del art. 7 CJM resulta en sí misma contradictoria porque la infracción culposa nunca podrá ser consecuencia de un *acto lícito ejecutado sin las precauciones requeridas*. En efecto, si se asiente en que el término «ilícito» es utilizado en la dogmática penal como sinónimo de antijuricidad¹⁶, luego un hecho ilícito será un comportamiento ejecutado sin mediar causa de justificación alguna. A partir de esto se puede inferir que el CJM confunde los niveles de tipicidad y antijuricidad en el análisis de la negligencia. El comportamiento realizado *sin las precauciones requeridas*, es decir, la infracción de la norma de cuidado¹⁷ o, en buena cuenta, el desvalor de acción del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes de resultado¹⁸, pertenece al nivel de tipicidad; mientras que en la antijuricidad (o ilicitud) se valora la concurrencia o no de las causas de justificación. Si para el CJM una infracción culposa es aquella que se deriva de un acto *lícito* ejecutado *sin* las precauciones requeridas, entonces habrá que concluir que para dicho cuerpo normativo una infracción culposa es una acción imprudente realizada al amparo de una causa de justificación. Ante este panorama, lo difícil, por no decir imposible, será conciliar la imposición de una sanción cuando se trata de un hecho lícito!, que es, por lo demás, lo que requiere el art. 7 CJM para la infracción culposa. Se advierte pues la aberración jurídica que contiene el art. 7 CJM. Pero hay más: amén del principio de legalidad y, *a contrario*, para el CJM no constituirá una infracción culposa un acto *ilícito* realizado *sin* las precauciones requeridas; en otras palabras, el mensaje que trasmite el CJM consiste en que la ejecución de un acto imprudente sin causa de justificación alguna no es una infracción culposa!. En esta línea de argumentación procede plantear la siguiente interrogante: si un hecho *lícito*, aun cuando se ejecute inobservando el deber de

15 STRATENWERTH, § 15, núms. margs. 11 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 54.I.3; OTTO, § 10.I.3; SAMSON, SK, § 16, núms. margs. 13 ss. y HAVA GARCÍA, p. 62 a 73, en especial 71 a 73.

16 La definición que ofrece la RAE apunta también en este sentido. Ver voz «ilícito»: no permitido

17 CEREZO MIR, p. 160 ss.; LUZÓN PEÑA, 1996, p. 498 y 499.

18 SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, § 15, núm. marg. 121, y la bibliografía ahí citada. En la literatura peruana, PEÑA, 1995, p. 464 ss; VILLAVICENCIO, p. 70; VILLA STEIN, p. 248 ss.

cuidado, por ser precisamente *lícito*, no puede acarrear responsabilidad penal, y si no es posible incluir en la definición de infracción imprudente del art. 7 CJM a los actos *ilícitos* realizado *sin* las precauciones debidas; ¿qué es infracción culposa para el CJM?.

La situación, a la luz de las normas del PCJM, será la misma cuando éste entre en vigencia. Una vez más, cabe lamentar que no se hayan incorporado en el Proyecto las modificaciones que amerita el CJM.

(d) En cuarto lugar, el art. 7 CJM *in fine* establece que la conducta imprudente *causa* un daño que el sujeto pudo evitar. Esta expresión desconoce que el juicio de imputación de responsabilidad penal no obedece a la comprobación de que el resultado es *causado* por el comportamiento, en el sentido puramente naturalístico de la expresión, sino que precisa, adicionalmente, la verificación de la imputación objetiva (normativa) del resultado. Incluso en muchas oportunidades no se podrá verificar la relación de causalidad entre la acción imprudente y el resultado por no tenerse un estado de conocimiento absoluto de las leyes de la naturaleza; o, en otras (por ejemplo, en la causalidad alternativa) no se podrá precisar a ciencia cierta cuál de las acciones es la *causante* del daño. Los problemas de esta definición se advierten, además, por un lado, en los supuestos de interrupción de curso causal, de cursos alternativos adecuados a derecho, cuando el resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma, etc., en los que habiéndose afirmado la existencia de una relación de causalidad, el resultado no se imputa objetivamente al comportamiento; y, por otro lado, en el ámbito de los delitos omisivos, en donde una abstención nada puede *causar*.

§ 3. ERROR

1. La cláusula que más se asemeja a una regulación del error en el CJM es el art. 6. En él se establece que «el delito es punible aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso ofender». No se hace mención a si las razones en virtud de las cuales se altera el mal que se anheló causar o la persona ofendida es distinta a quien el agente se propuso ofender, obedecen a la propia voluntad del sujeto o no, ni a la pena que en tales casos es menester imponer. Es tan poco claro este precepto que incluso podría interpretarse que en su primera parte («aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar») se regula la preterintencionalidad. En efecto, en los casos de preterintencionalidad se actúa con dolo en la acción e imprudencia en el

resultado, sancionándose el hecho con una pena que oscila entre la que correspondería si el hecho se hubiese cometido con dolo y con negligencia¹⁹.

2. Para descifrar el verdadero alcance del art. 6 CJM hay que empezar por criticar que se recurra a los vocablos «delito» y «delincuente». Haciendo uso de tales términos el legislador acota el ámbito de aplicación del precepto, pues delincuente es quien comete un delito, o lo que es lo mismo, se requiere un hecho antijurídico perpetrado por un imputable culpable. De ahí se sigue que cuando «varíe el mal que el *delincuente* quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso [*el delincuente*] ofender», no será factible imponer una medida de seguridad. Una consecuencia adicional de esta redacción sería que, indirectamente, se adopta el criterio de la accesoriadad máxima en la participación criminal ya que se requiere un hecho antijurídico atribuible a un sujeto culpable. No obstante, esto sólo sería verdad si en el art. 6 CJM cupiera incluir al error de prohibición (invencible) que impediría que el hecho antijurídico pudiera ser atribuido al sujeto, toda vez que si se trata de un error de tipo habría que afirmar que éste actuó imprudentemente, en caso el error fuera vencible, y negar la participación criminal por atípica, o bien declarar al sujeto exento de responsabilidad si el error fuese invencible, en cuyo caso habría que rechazar también la participación criminal al no existir un hecho antijurídico principal. No obstante, entiendo que el art. 6 CJM sólo regula *determinados supuestos de error de tipo*, pero no de prohibición, pues la ignorancia que recae sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, y que presupone conocer y querer el hecho que se ejecuta, en modo alguno tiene la capacidad para hacer mutar el resultado que se quiso causar o de influir para que la persona (sujeto pasivo) a quien se propuso ofender sea distinta. Quien actúa en estado de error de prohibición lo hace también dolosamente²⁰ y, por lo mismo, conocerá y querrá o asumirá todos los elementos objetivos del tipo de lo injusto, es decir, querrá o asumirá el daño que desea causar pero errará al creer que su consecución es lícita, o identificará plenamente al sujeto a quien intenta ofender pero se equivocará al pensar que tal ofensa a tal persona no se encuentra prohibida.

Así, por lo pronto, se puede concluir que, habida cuenta del vacío legislativo que significa la no existencia de una regulación sobre el error de prohibición en el CJM (y en el PCJM), en los casos en que un sujeto incurra en él, se deberá aplicar supletoriamente el art. 14 CP *in fine*.

3. El primer extremo del art. 6 CJM reza que «el delito es punible aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar». Aquí, de la mano del principio de legalidad, se tiene que entender que el mal en mérito al cual se reprime al sujeto, al igual que todo su comportamiento, ha de ser típico. Es irrelevante pues que la conducta pretendida hubiera podido ser subsumida en un tipo de lo injusto o no, sino que es preciso que el comportamiento efectivamente realizado

19 Así, por ejemplo, el aborto preterintencional del art. 118 CP.

20 Salvo que se adopte una sistemática causalista de la Teoría del delito.

en estado de error sea típico. Luego, parece que es irrelevante el origen de las causas en virtud de las cuales no se verifica el mal que el delincuente quiso causar. Por ejemplo, da lo mismo si A destruye en territorio amigo o enemigo, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, un granero en la creencia de que se trata de una biblioteca (art. 95.3 CJM) porque la información que recibió de su subalterno sobre la localización del objetivo era errónea²¹, que si falla por falta de pericia en la manipulación de la artillería pesada con que dispara. Lo que sí adquiere visos de relevancia es el error mismo, ya que, en el ejemplo puesto, la destrucción de un granero podrá ser subsumida en el art. 95.4 CJM (si se entiende que cabe cometer tal delito de manera imprudente), por lo que el sujeto responderá por tentativa del art. 95.3 CJM en concurso con un delito imprudente (si cabe, el art. 95.4 CJM). Pero otras veces el error no será relevante; tal es el caso cuando hay identidad en el objetivo: por ejemplo, cuando A destruye una biblioteca pensando que se trataba de otra biblioteca (art. 95.3 CJM), o cuando, sin causa justificada, pone en libertad a B, prisionero de guerra, en la creencia de que se trataba de C, otro prisionero de guerra (art. 78.17 CJM).

Otra dificultad que se suscita consiste en dar contenido al término «mal» que se emplea en la redacción del art. 6 CJM, toda vez que el *mal que se quiso causar* no depende de la estructura típica del delito que se impute, sino de los objetivos que el agente pretendió alcanzar con su comportamiento ilícito. Si a esto se añade además que en muchos casos la consecución de dicho mal coincidirá con el agotamiento del delito (o mejor dicho, coincidiría si el sujeto no se hubiera equivocado), se tiene que no siempre podrá identificarse el *mal que se quiso causar* con un elemento típico objetivo del tipo de lo injusto. Luego, habrán supuestos en los que el autor efectivamente se equivoque sobre el mal que quiso causar y no lo consiga, pero esto no alterará la calificación del delito como doloso, pues el error no recaerá en elemento objetivo alguno. Por lo mismo, sólo podrá apreciarse error (al menos respecto a la primera parte del art. 6 CJM) cuando el mal que se quiso causar pueda ser interpretado como un elemento objetivo del tipo de lo injusto.

4. El segundo extremo del art. 6 CJM establece que «el delito es punible aunque (...) sea distinta la persona a quien se propuso ofender». Aquí tienen cabida todas las modalidades de error de tipo en las que sujeto pasivo no sea aquel a quien se quiso ofender, ya que tal es la única exigencia de la Ley. En este sentido, no se regula únicamente el error *in persona*, pues la ofensa a una persona diferente a la que originalmente se había pretendido agredir puede

21 Aunque no es motivo de análisis ahora, cabría plantear la eventual responsabilidad del subordinado.

deberse, además de a un error en la identificación de la persona, por ejemplo, a una inadecuada manipulación de los medios elegidos para cometer el delito o a un defecto de éstos (*aberratio ictus*). En cuanto el *dolus generalis*, ciertamente que resulta difícil imaginar un supuesto compatible con el art. 6 CJM en el extremo ahora analizado.

Una interpretación en extremo formal de la frase «persona distinta de aquella a quien se propuso ofender» llevaría a sostener que el campo de aplicación del segundo extremo el art. 6 CJM se limitaría a aquellos supuestos de bienes jurídicos eminentemente personales, *v.gr.* vida, integridad, honor, libertad individual, etc. No obstante, si se entiende que el bien jurídico permite la participación y el desarrollo del sujeto en sociedad, se puede optar por una interpretación amplia en mérito a la cual se entienda por «ofensa a una persona» cualquier menoscabo en los bienes jurídicos de los cuales es titular, ya que no sólo perturbando los bienes eminentemente personales se puede perjudicar el libre desarrollo de la persona en sociedad. Al margen de ello, aquí también hay que atender a la relevancia del error, puesto que, por ejemplo, si A ofende de palabra (por un error al identificar a la víctima) o de hecho (por un error en el golpe) a B, parlamentario, en la creencia de que se trataba de C, otro parlamentario, habrá cometido de manera dolosa el tipo de lo injusto contenido en el art. 95.7 CJM y el error será irrelevante; pero si, por ejemplo, ofende a un parlamentario con la convicción de que no detenta tal título, habría concurso entre una injuria imprudente del art. 129 CP (que, no obstante, al ser imprudente es atípica) y el delito regulado en el art. 95.7 CJM en grado de tentativa.

5. Como quiera que en el primer supuesto del art. 6 CJM sólo se concede relevancia penal a las hipótesis de error de tipo en las que el mal que se quiso causar coincide con un elemento objetivo del delito que se pretende imputar, mientras que en el segundo únicamente a aquellas en donde el sujeto pasivo no es el previsto por el autor, podrán advertirse muchos casos en que el sujeto incurra en un error de tipo que con arreglo al CP serían relevantes pero que, debido a la caprichosa redacción del art. 6 CJM, en el Derecho penal militar no lo son, teniéndose que sancionar, *en principio*, por un delito doloso. Sucede así, por ejemplo, con los casos de error sobre las circunstancias atenuantes, que difícilmente podrían ser interpretados como supuestos en que se causa un mal distinto al que se pretendió causar, o como una hipótesis en que se ofende a una persona distinta de la pensada. Solventar este tipo de problemas no pasa por acudir al CP, puesto que no se trata de un vacío legal sino de una regulación deficiente. Si se quiere que el CJM contemple definiciones dogmáticas habrá que incorporar en él aquellas fórmulas que sean verdaderamente aplicativas y

que sirvan para argumentar las respuestas a cuestiones reales, como la que se plantea con el error de tipo. Por ejemplo, se pudo definir a la infracción dolosa de una manera tan sencilla como «aquella en la que el sujeto conoce y quiere la realización de todos los elementos del delito» y al error siguiendo el modelo del CP. Hay que lamentar, una vez más, que el art. 12 PCJM sea copia fiel del art. 6 CJM.

Ante la aberración jurídica que significa el art. 6 CJM —y que significará el art. 12 PCJM— hay que invocar los principios generales del Derecho penal propio de un Estado de Derecho y entender que aunque los preceptos y definiciones del CJM no lo permitan, no es dable imputar un delito a título de dolo cuando hay un error de tipo (relevante) de por medio.

§ 4. OMISIÓN

1. En el CJM se ha previsto una cláusula que, mal que bien, da a entender cuándo se comete un delito por omisión. El art. 16 CJM²² establece que «en los delitos por omisión, son considerados como autores, los que dejan de hacer lo que manda la ley penal y los que causan la omisión o cooperan a ella del modo expresado en el artículo anterior». Como se infiere de su redacción, más que un precepto relativo a la omisión se trata de uno referido a la autoría en los delitos omisivos, aunque de él se desprenden los elementos de juicio necesarios para estudiar la omisión en el CJM. Según los arts. 16 y 15 CJM²³ (y arts. 22 y 21 PCJM) se consideran autores omisivos (*a*) a los que dejan de hacer lo que manda la ley penal; (*b*) a quienes causan la omisión; y, (*c*) a quienes cooperan con la omisión induciendo a cometer el hecho criminal y los que, de modo principal y directo, coadyuvan a su ejecución practicando maliciosamente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse el delito.

Prescindiendo de entrar en la polémica en torno a la terminología y clasificaciones de los delitos omisivos, el art. 16 CJM (y también el art. 22 PCJM) regula la omisión impropia, es decir, aquellos comportamientos penalmente relevantes que no se encuentran directamente tipificados por el legislador, sino que son contruidos por el intérprete a partir de tipos comisivos. Y es así porque es esta la única forma de justificar la existencia de un precepto que específicamente señale cuándo se ha de considerar a alguien autor de un delito

22 La redacción de este precepto se mantiene en el art. 22 PCJM.

23 Al cual se remite expresamente el art. 16 CJM.

realizado de manera omisiva, sobre todo cuando existen preceptos que regulan la autoría y participación (arts. 13 a 15 CJM); o lo que es lo mismo, el art. 16 CJM habrá de tener una finalidad distinta a la de los arts. 13 a 15 CJM. Además, no se necesita un art. 16 CJM para determinar cuándo se responde en los delitos omisivos previstos expresamente como tales (omisión propia) en la Parte especial del CJM²⁴.

2. Llama la atención que tanto en el CJM como en el PCJM se señale que quienes responden como autores en casos de delitos perpetrados por omisión tan sólo son *considerados* como tales. Con base en ello se deduce que no son autores pero por consideraciones político-criminales se les reprime como tales, o al menos es de imaginar que así sea. Y como quiera que no es posible sancionar a quien no ha intervenido como autor o partícipe en la comisión del delito por aquello de la responsabilidad por el hecho, habrá que entender que, según la lógica del art. 16 CJM, a quienes se considera autores son en realidad partícipes. Este planteamiento se vería avalado por el art. 15 CJM, y por el 16 CJM al que se remite, puesto que según el art. 15 CJM se considera autor en delitos omisivos a los cooperadores necesarios que menciona el art. 16 CJM, es decir, a quienes de modo principal y directo coadyuvan a su ejecución practicando maliciosamente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse el delito. Como se puede advertir, esta situación es grave, pues si bien en doctrina se discute si todo aquel que omite es autor o si por el contrario es dable la participación omisiva²⁵, eso en modo alguno condiciona tener que regular la responsabilidad en los delitos de omisión impropia *considerando* a todos los que intervienen en el hecho punible como autores. En todo caso, de la opción por la cual optó el legislador se sigue que en el CJM se reconoce, al menos en el plano dogmático, la participación omisiva, aunque ésta se sanciona como autoría. Pero lo realmente asombroso en la regulación vigente —y lo mismo cabe decir respecto del PCJM— es que da a entender que no hay autores en delitos omisivos, sino sólo partícipes a quienes, no obstante, se considera como autores.

Si se atiende al contenido del art. 16 CJM, y al del 15 CJM, se deduce que en las omisiones impropias no se reprime al cómplice (art. 17 CJM), pues no se hace mención a ellos. No obstante, habrá sí ciertos casos de complicidad omisiva típica, pero ello debido a que el propio CJM los prevé en su Parte especial.

24 Así, por ejemplo, en los arts. 152 y 158 CJM.

25 En buena cuenta, la calificación de quien omite evitar un hecho realizado por un tercero; cfr. LUZÓN PEÑA, 1990, p. 73 a 92; SILVA SÁNCHEZ, 1989, p. 367 a 407 y PORTILLA CONTRERAS, 1999, p. 441 a 463.

Sucede así, por ejemplo, en los arts. 80 y 118 CJM, en donde se castiga como cómplice al militar que omita dar parte a sus superiores cuando tenga conocimiento de que se intenta cometer un delito de traición a la patria y al civil que procede igual en caso de guerra exterior si el delito no llega a producir todo el mal que se propuso el infractor, y a los militares que teniendo los medios para hacerlo, no combatan los delitos de rebelión, sedición o motín, respectivamente.

El art. 16 CJM, al igual que el art. 22 PCJM, incurre en una contradicción cuando pretende sancionar al inductor a título de omisión. Ahora se considera como autores omisivos a quienes cooperan a la omisión induciendo a cometer el hecho criminal [supuesto (c)], cuando es materialmente imposible que se dé la inducción por omisión, puesto que ésta, por su propia naturaleza, importa la realización de un comportamiento positivo²⁶. Al margen de esto, resulta positivo que a diferencia del CP, ni en el CJM ni en el PCJM se permita la reducción de la pena en caso de que el delito haya sido cometido por omisión, lo cual resulta compatible con la identidad valorativa que existe entre los comportamientos activos y los omisivos²⁷, y de que tanto uno como otro lesionan por igual al bien jurídico²⁸.

3. En el primer supuesto de hecho del art. 16 CJM (son considerados como autores en omisión «los que dejan de hacer lo que manda la ley penal») se incluyen todos aquellos delitos que si bien se encuentran redactados de manera comisiva, su naturaleza y verbo rector permiten que sean perpetrados en omisión²⁹; no lo permite, por ejemplo, el verbo «revelar» del art. 86.1 CJM.

Siempre en relación con el primer supuesto del art. 16 CJM, no es válido interpretar aquí que el legislador ha logrado incorporar a la Ley como fuente del deber de garante (otra cosa es que lo haya pretendido siguiendo el modelo del art. 11 CP), ya que «ley penal» nunca puede ser una posición de deber de garante, pues tal posición viene dada, según la teoría formal de las fuentes de

26 De ahí que todas las hipótesis en las que se podría pensar que se trata de una inducción por omisión hay que advertir que en realidad son supuestos de comisión por omisión, así, ARMIIN KAUFMANN, p. 292; JESCHECK/WEIGEND, § 64.II.6; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, § 26 núm. marg. 7; BUSTOS/HORMAZÁBAL, p. 301 y 301; VILLAVICENCIO, p. 147. De otra opinión, LACKNER, § 26/3.

27 Entre otros, GIMBERNAT, 1994, p. 41; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, § 13, núms. margs. 2 ss.; VIVES, 1999, p. 525; COBO/VIVES, p. 392; SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 52 ss. y 64 y 65; BUSTOS/HORMAZÁBAL, II, p. 219 ss. y 224 a 227; GRACIA MARTÍN, 1995, p. 64; LUZÓN PEÑA, 1990 (I). Próxima, HUERTA TOCILDO, 1997, p. 47 ss.

28 SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 52 ss. Para el derecho peruano, véase MEINI, 2000, p. 895 nota 36.

29 Así, COBO/VIVES, p. 391; SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 452.

garante de la cual forma parte, por la *ley extra penal*³⁰. Esto demuestra que el legislador penal militar ha confundido los conceptos de la Teoría del delito pertinentes a la omisión (y lo mismo ha pasado con los autores del PCJM: art. 22), ya que si bien es perfectamente posible incurrir en responsabilidad penal por dejar de hacer lo que manda la *ley penal*, tal situación es inherente a los delitos de omisión propia, en donde se hace caso omiso a la norma preceptiva que en ellos subyace. Es el caso, por ejemplo, del delito de desobediencia del art. 152 CJM, en donde la Ley penal (es decir, el mismo art. 152 CJM) obliga al destinatario de la norma preceptiva a cumplir las ordenes del servicio. Si no lo hace ciertamente que incurre en responsabilidad penal, pero para esto no es preciso acudir al art. 16 CJM, sino que tal responsabilidad se deduce directamente del art. 152 CJM. En buena cuenta, cuando el art. 16 CJM señala que son responsables como autores en omisión «los que dejan de hacer lo que manda la *ley penal*», lo que hace es referirse absurda e inútilmente a la omisión propia, ya que, como se ha visto, la responsabilidad que se deriva de esta clase de omisión se desprende directamente del tipo de lo injusto del delito de omisión propia que prevé la *ley penal*.

4. Más complejo resulta analizar la segunda hipótesis del art. 16 CJM. En ésta se considera autores omisivos «a quienes causan la omisión». Si se recuerda que la omisión en Derecho penal es un concepto normativo y nunca uno ontológico o pre-jurídico, se advierte luego que la omisión es un comportamiento distinto al ordenado por la norma preceptiva, en cuya virtud se desestabiliza un foco de peligro creándose o incrementándose el riesgo típico, a consecuencia de lo cual se *causa* un resultado lesivo³¹ que se imputa —vía imputación objetiva— al sujeto que omitió. En esta línea, lo único que tiene la facultad de *causar* algo en los delitos omisivos es el comportamiento (omisivo) distinto al exigido por el Ordenamiento jurídico³², que *causa*, precisamente, un cambio en las condiciones en las que el bien jurídico se mantenía indemne, de manera que ahora se encuentra en peligro de lesión o ya lesionado. Por eso no tiene sentido decir que se considera autor omisivo a quien causa la omisión, ya no sólo porque utilizar conceptos causales es desconocer el avance de la dogmática penal en el terreno de la imputación objetiva, sino, fundamentalmente, porque en los delitos de omisión

30 Como se desprende no sólo de la lógica, sino también de los ejemplos que sugiere la doctrina, STRATENWERTH, § 13/16 ss.; TRECHSEL/NOLL, § 34.3.b) y e) y LACKNER, § 13.8.

31 GIMBERNAT, 1994, p. 39 y 40. También en 1999, p. 428, 429, 432 y 433. Próximos, SCHÜNEMANN, 1971, p. 229 ss. y 328 ss.; LUZÓN, 1990 (II), p. 175; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 371 ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, II, p. 219 ss.

32 Para los efectos que persigo ahora es irrelevante que se interprete que los deberes de actuar surgen bien de la competencia por organización bien de la competencia institucional (JAKOBS).

impropia el simple hecho de omitir (*causar* una omisión) es penalmente irrelevante si es que a tal omisión no se le imputa un resultado (si es que tal omisión no *causa* un resultado).

Por ejemplo, en el caso ya mencionado del art. 80 CJM, es irrelevante, a efectos de tal artículo, que el militar que tenga conocimiento de que se intenta cometer un delito de traición a la patria no de parte a sus superiores si es que tal delito no llega a consumarse o si no llega a producir todo el mal que se propuso el infractor. Aquí el militar omite, y según la terminología del art. 16 CJM habría que entender que *causa* una omisión y debería ser sancionado, pero como quiera que no hay resultado alguno que pueda ser imputado al comportamiento omisivo, sólo sería posible hablar de tentativa. De todo esto se concluye que al igual que el primer supuesto, en este segundo, el art. 16 CJM termina refiriéndose a la omisión propia, dado que causar la omisión es lo mismo que omitir, o si se prefiere, actuar de manera distinta a lo preceptuada por el Ordenamiento jurídico, pero esto, en modo alguno, asegura que se impute el resultado.

5. En cuanto al tercer supuesto de hecho del art. 16 CJM: «quienes cooperan a la omisión induciendo a cometer el hecho criminal y los que, de modo principal y directo, coadyuvan a su ejecución practicando maliciosamente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse el delito», me remito a lo expresado anteriormente³³, en el sentido de que la inducción y la omisión son conceptos antagónicos; a lo que ahora se ha de añadir, por mandato legal, la imposibilidad de que el omitente que coadyuva a la ejecución del delito actúe negligentemente, pues la Ley descarta la cooperación imprudente al recurrir a los términos «actuar maliciosamente».

6. Si se comparte el análisis efectuado hasta este momento sobre el art. 16 CJM (y, salvo modificación legislativa, válido también para el art. 22 PCJM), se concluye que si el deseo del legislador fue regular la omisión impropia, sus intentos se quedaron en eso, en intentos, pues lejos de prever un precepto en mérito al cual pudiera sancionarse los delitos omisivos impropios, se dijera algo sobre las fuentes de deber de garante o se estableciera el criterio para afirmar la identidad o equivalencia entre la comisión y la omisión, se hace innecesaria mención a la omisión propia. La única mención a la omisión impropia del art. 16 CJM sería la que se efectúa a la cooperación.

Ante este panorama se impone dar respuesta a la interrogante de qué hacer en los casos de delitos omisivos impropios?. Una posibilidad sería asumir que no es necesaria la existencia de una cláusula legal que establezca cuándo se ha

33 § 4.2.*in fine*.

de entender cometido un delito omisivo impropio, lo que presumiría aceptar la identidad valorativa entre omisión y comisión y que los delitos omisivos impropios se desprenden directamente de los tipos de la Parte especial. Otra posibilidad es aplicar supletoriamente el art. 11 CP y entender que la posición de garante del sujeto activo en los delitos que contempla el CJM se funda en la Ley. En efecto, en la medida en que el CJM se dirige a los miembros de las FFAA y PNP y estos, según el marco normativo que regula su actividad funcional (Ley Orgánica de la PNP, por ejemplo) se encuentran obligados a actuar³⁴, se ha de entender que tienen un deber de garante asentado en la Ley, cuando no, también, en un comportamiento precedente. Con todo, es menester analizar cada caso en particular, y determinar recién si concurre una posición de garante o no.

§ 5. *ITER CRIMINIS*

1. El art. 8 CJM distingue y define los actos preparatorios, la tentativa y el delito frustrado, y el art. 9 CJM menciona a la confabulación. El PCJM, acertadamente, deja de lado la regulación de los actos preparatorios y de la confabulación. Al igual que en el Derecho penal común, en el Derecho penal militar las faltas sólo serán sancionadas cuando se hayan consumado (art. 9 CJMM y art. 15 PCJM).

La valoración que merece la reglamentación de la tentativa en el CJM, que en buena cuenta mantiene el PCJM, no puede ser positiva, mas aún cuando la redacción de los preceptos, conforme pretendo demostrar, es poco clara. Hay que insistir pues otra vez que resulta lamentable que no se hayan subsanado estas deficiencias en el PCJM, apostando por una redacción simple, inequívoca y que sea verdaderamente aplicable.

2. Se dice que hay delito frustrado cuando perpetrado el hecho criminal, no produce el mal que se propuso el culpable por causas independientes de su voluntad. No se puede dejar pasar por alto, y felizmente en el PCJM se ha subsanado este error, que el delito frustrado, según la literalidad del art. 8 CJM, es patrimonio exclusivo de los culpables; esto quiere decir que no se puede penar por delito frustrado a un inimputable o a quien actúa incurso en una causal de exclusión de culpabilidad, situación que, ciertamente, es correcta, pero no porque se trate de un delito frustrado, sino porque el sujeto no es

34 Interpretación que sería coherente con aquellas corrientes de opinión que asumen que el «delito de función» es un *Pflichtdelikte*.

culpable. La indeseable consecuencia de esta regulación es que no permite la represión de los partícipes en delitos frustrados cuando el autor es un no culpable, contradiciendo el principio de accesoriedad limitada que rige la participación criminal. Esta situación es predicable también respecto de los cooperadores e inductores, a quienes el CJM y el PCJM consideran como autores, pues tal equiparación es únicamente a efectos de la pena a imponer, pero en caso alguno supone desconocer que el comportamiento del autor es materialmente diferente al del inductor y cooperador.

Para averiguar el verdadero alcance del intrincado delito frustrado tal y como se encuentra previsto en la legislación penal militar, es menester precisar qué se entiende cuando se establece «*perpetrado* el hecho criminal» y «el mal que se propuso el culpable». Si se atiende al significado de las palabras, se concluye que perpetrar es cometer, consumir³⁵, de donde se sigue que el delito frustrado requiere, como primer presupuesto, que el delito (hecho criminal) se haya consumado (*Vollendung*). «El mal que *se propuso* el culpable», en primer lugar, deja al margen del delito frustrado aquellos comportamientos doloso-eventuales, en los que el sujeto simplemente acepta o asume el resultado, pero no se lo propone. Además, si bien puede hacer referencia al deseo del agente de perturbar el bien jurídico, en muchas oportunidades puede identificarse con el agotamiento (*Beendigung*), etapa del *iter criminis* en la cual el agente alcanza los objetivos que persigue con el delito que realiza³⁶. Luego, cuando sea así, habrá delito frustrado cuando la consumación y el agotamiento no coincidan, pues de otro modo no sería posible entender que se perpetra (consumación) el hecho criminal pero no se alcanza el mal que se propuso el culpable (agotamiento). Esta situación puede presentarse en los delitos de tendencias internas trascendentes (*v.gr.* actuar con ánimo de lucro o para obtener provecho o una ventaja) aunque, en definitiva, depende de lo planeado y querido por el autor. Aquí se aprecia recién en su verdadera dimensión el significado de los arts. 8 CJM y 14 PCJM, en el sentido de que su aplicación se encuentra condicionada al objetivo que el autor culpable haya perseguido con el delito, que muchas veces no se encontrará representado en un elemento del tipo de lo injusto.

35 Voz «perpetrar», Diccionario de la RAE.

36 JESCHECK/WEIGEND, § 49.III.3; SCHÖNKE/SCHRÖDER/*ESER*, previo al § 22, núm. marg. 4; BUSTOS/HORMAZÁBAL, II, p. 274; COBO/VIVES, 1999, p. 732. No se puede decir lo mismo a partir del texto de VILLAVICENCIO (p. 91), pues si bien este autor manifiesta que “el delito agotado se presenta cuando el sujeto alcanza el fin último que se había propuesto”, luego afirma que “con el agotamiento material (*sic*) se alcanza la lesión del bien jurídico penal”.

En esta línea argumentativa, no debe llamar la atención que el delito frustrado pueda acarrear la imposición de la misma pena que el delito consumado (arts. 46 CJM y 51 PCJM), pues el primero implica ya al segundo. Pero, por lo mismo, lo que sí llama negativamente la atención es la existencia misma del delito frustrado, pues su regulación desconoce que la no consecución del mal deseado por el agente debido a motivos ajenos a él, en las hipótesis en que aquel mal no coincida con la consumación del delito, es una circunstancia que nada tiene que ver con el bien jurídico, pues éste ha sido ya perturbado en la consumación, sino que, en todo caso, deber servir como un criterio adicional para determinar la pena a imponer dentro de los límites fijados por la Ley (como se hace en el art. 46.6 CP). Si se retoma la idea de que el delito frustrado es en definitiva un delito consumado, no se entiende porqué los arts. 46 CJM y 51 PCJM insisten en que al responsable de delito frustrado se le puede imponer la misma pena señalada para el autor del delito consumado, cuando queda claro, debido la propia regulación del delito frustrado, que no puede ser de otra manera.

3. La tentativa se encuentra regulada en el art. 8 CJM y en el 14 PCJM y existe «cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal». Este precepto no presenta complicaciones, pues por «ejecución directa del hecho criminal» se ha de entender la consumación del delito, con lo cual se tipifican tanto la llamadas tentativas acabadas como las no acabadas. Aunque los arts. 8 CJM y 15 PCJM no lo mencionen expresamente, la no consumación del delito en las hipótesis de tentativa obedece a causas ajenas a la voluntad del agente, pues en los casos de desistimiento voluntario, esto es, cuando por su propia voluntad el agente suspenda la ejecución del delito antes de causar daño (arts. 10 CJM y 16 PCJM), se beneficiará con una atenuación de la pena que correspondería a la tentativa.

4. En la regulación del *iter criminis* que efectúan el CJM y el PCJM se omite hacer referencia a los casos de tentativa absolutamente inidónea por el objeto o medio empleado (que sí se regulan en el art. 17 CP), tentativa relativamente inidónea y cuando participan varios agentes en la tentativa (aquí se pudo seguir el modelo del art. 19 CP). En las hipótesis de delito putativo (que no es sino un error de prohibición al revés) y de tentativa irreal o supersticiosa (quien, por ejemplo, pretende matar a su enemigo clavando agujas en el muñeco budú que le representa) no es ni siquiera necesario plantearse la interrogante de si hubiera sido forzoso incorporar un precepto en el texto legal que establezca su impunidad, pues esto se deduce sin problema a partir del reconocimiento de que en ninguna de ellas hay ni tentativa ni actos preparatorios, al no existir algún hecho criminal cuya ejecución directa se haya comenzado y no concluido.

Con todo, lo importante es precisar si la tentativa absolutamente inidónea y la relativamente inidónea son punibles en el CJM y en el PCJM. En la medida en que existe un vacío en los textos legales comentados con respecto a estas modalidades de tentativa, se impone, por mandato del art. 744 CJM y 743 PCJM, la aplicación supletoria del art. 17 CP. Según éste, no será punible la tentativa absolutamente inidónea por el objeto o medio, pero procederá el castigo de la relativamente inidónea. Y habrá que proceder de la misma manera en aquellos casos en que sean varios los que intervienen en la tentativa, es decir, aplicar supletoriamente el CP, en concreto el art. 19, con arreglo al cual no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación.

§ 6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. En la regulación de la autoría y participación que ofrece el CJM se aprecian algunas carencias que no se subsanan en el PCJM. En algunos casos, merced al art. 744 CJM y, cuando entre en vigencia, al art. 743 PCJM, se podrán aplicar supletoriamente las disposiciones del CP, pero en otras no será factible puesto que no se trata de una omisión o laguna en la regulación penal militar, sino de una normativa diferente.

2. Tanto el art. 14 CJM como el art. 20 PCJM regulan la autoría directa («los que materialmente perpetren el hecho criminal» en el CJM y, «los que personalmente perpetren el hecho criminal» en el PCJM), la autoría mediata («lo efectúan [el hecho criminal] por medio de otros»; tanto en el CJM como en el PCJM) y lo que podría denominarse «autoría intelectual» («los que decidan su ejecución»). Las dos primera hipótesis no ofrecen dificultades interpretativas, mas cuando se hace mención a «los que decidan su ejecución» se podría pensar que tal comportamiento concurre también en un autor mediato, ya que éste decide, en mérito al dominio de la voluntad que tiene sobre el ejecutor, la ejecución del hecho criminal. Pero también puede hacer referencia al autor directo, toda vez que éste también decide la ejecución del acto que realiza. Sin embargo, la necesidad de castigar a título de autor a quien «decida la ejecución del hecho» viene dada por una deficiencia en la regulación de la autoría directa, que tanto en el CJM como en el PCJM se prevé como perpetración personal y material del hecho. De ahí que quien no interviene material ni personalmente en la

ejecución del hecho ilícito no podría ser castigado si es que no se regulaba expresamente su sanción. Y aquí hay que volver a insistir en que resulta lamentable que no se haya aprovechado la oportunidad que representa el PCJM para mejorar la regulación, toda vez que se pudo asemejar a la del CP.

Quien quiera ser detallista podrá afirmar que lo que el CJM y el PCJM regulan es en realidad únicamente casos de *coautoría*, ya que, a diferencia del CP, cuando se hace mención al autor se indica «los que ...». No obstante, en este caso el sentido de las palabras acepta que se incluyan en ellas tanto la autoría como la coautoría. En todo caso, es cierto, una vez más, que se ha debido sacar provecho al PCJM y apostar por una regulación clara y expresa.

En el ámbito del Derecho penal militar vale la pena detenerse en la valoración de la autoría mediata en los aparatos de poder organizado³⁷, al haber sido ideado este modelo específicamente para supuestos de organizaciones estructuras sobre el principio de jerarquía. Según la doctrina que participa de ella, la autoría mediata del «autor detrás del autor» importa la constatación de tres presupuestos. Primero, que exista una rígida jerarquía en la maquinaria de poder; segundo; que los sujetos ejecutores sean sustituibles; y, tercero, que el aparato de poder actúe al margen del Ordenamiento jurídico. La consecuencia de esta modalidad de autoría mediata es que tanto el «hombre de detrás» como el ejecutor son considerados autores, y sancionados como tales.

Personalmente entiendo que la exigencia de que los ejecutores tengan que ser sustituibles, y que la maquinaria de poder deba actuar desligada del Ordenamiento jurídico, no son sino eventuales características, que como tales pueden concurrir o no en estos supuestos de autoría mediata.

Se dice que los ejecutores tienen que ser reemplazables, pues sólo así se podría garantizar el éxito del plan cuando el encargado de llevarlo a cabo desiste de su misión. Sin embargo, la capacidad de intercambiar a los ejecutores denota que existen suficientes medios, cuantitativa y cualitativamente considerados, a disposición de la organización y de sus directivos para realizar el delito, o lo que es lo mismo, que la organización cuenta con un *stock* de personas que le aseguran que la orden será puesta en práctica. A partir de aquí se puede deducir entonces que la posibilidad de sustituir a los ejecutores ha de tener como presupuesto la subordinación de éstos sujetos frente al aparato de poder, es decir, que estén dispuestos, de *motu proprio*, a emprender y materializar las órdenes que reciban. Si las cosas son así, la posibilidad de sustituir al ejecutor no tiene porqué favorecer ni distorsionar el dominio que sobre él ha de tener el

37 ROXIN, 2000, p. 270 ss.

mando superior. El mismo dominio sobre la voluntad puede apreciarse en los casos en que se trata de un único sujeto el que está dispuesto a ejecutar la orden, como en aquellos otros en que se trata de un numeroso colectivo. Entiendo pues que la llamada fungibilidad de los ejecutores es un mero dato fáctico, que a lo sumo representa mayores posibilidades de éxito en la ejecución del plan, pero en caso alguno condiciona el dominio de la voluntad.

Se argumenta también en el sentido de que el aparato de poder tiene que realizar su actividad fuera del Ordenamiento jurídico, ya que «en tanto la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás»³⁸. Se afirma también que «cuando en la administración estatal o en una empresa privada el jefe encarga a su subordinado una conducta punible, el Derecho espera que éste se niegue»³⁹. En caso contrario, se dice, «no se actúa con el aparato, sino contra él»⁴⁰. Cuando se revisa la literatura jurídica sobre el tema, se advierte que por marginalidad al ordenamiento jurídico se entiende la oposición de la maquinaria de poder a un sistema de valores y principios propio de las sociedades democráticas, y no a un determinado sistema legal positivo. Y es lógico que sea así, porque de otro modo no se entendería cómo los Estados totalitarios —modelo de aparato de poder por antonomasia—, podrían actuar el margen del Ordenamiento jurídico si disfrutaban de una cobertura legal que el mismo Estado se procura. Entonces, todo delito o falta, con independencia de que se perpetre en una maquinaria de poder, y con independencia también de que ésta actúe al margen de la legalidad, resulta contrario al conjunto de principios sobre los cuales se inspira la convivencia democrática. La oposición del aparato de poder al Ordenamiento jurídico pierde luego importancia como criterio diferenciador y como presupuesto del dominio de la voluntad. Por lo demás, considero que la norma penal se dirige a todos por igual, de ahí que el Derecho espere que absolutamente todos los sujetos imputables, incluso los miembros de un aparato de poder, actúen de conformidad con el Derecho.

En esta línea, el único presupuesto de la autoría mediata sobre la base del dominio de la voluntad en los aparatos de poder organizado, entiendo, sería el dominio que adquiere el mando superior sobre la organización y, con ello y a

38 ROXIN, 2000, p. 276 y 277.

39 ROXIN, 2000, p. 729.

40 ROXIN, 2000, p. 277.

consecuencia de ello, sobre el subordinado. Este dominio requiere jerarquía, un mayor grado de conocimiento e información que la que tiene el subordinado y, fundamentalmente, la disponibilidad de éste para realizar el hecho ilícito. De esta forma sería factible aplicar la teoría del «autor detrás del autor» en el Derecho penal militar.

3. En la regulación de la cooperación que efectúan los arts. 15 CJM y 21 PCJM se incurre en el error de utilizar el término «maliciosamente»; y los defectos que esto genera se aprecian no sólo en orden a que implícitamente el legislador, sin que le corresponda, ha realizado un juicio moral negativo del cooperador, sino, fundamentalmente, que se propicia una laguna de impunidad al no ser posible castigar como cooperadores a quienes actúan con dolo eventual. Si la voluntad del legislador fue la de declarar la atipicidad de la participación imprudente —objetivo que verdaderamente ha alcanzado, aunque no por eso deja de ser político-criminal cuestionable⁴¹—, bien pudo inspirarse en el art. 25 CP, en donde se recurre al término «dolosamente».

El que se defina al cooperador en el CJM y en el PCJM como quien realiza «algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse el *delito*» genera, una serie de problemas de aplicación. El primero es una laguna de impunidad que se deriva del recurso al vocablo «delito», con arreglo al cual, para poder sancionar al cooperador, es menester que el autor sea un sujeto culpable, o lo que es lo mismo, se adopta la accesoriedad máxima en detrimento de la accesoriedad limitada, haciendo caso omiso a las críticas que ha formulado la doctrina en contra de aquélla. Esto se traduce en que no es suficiente con que el autor haya realizado un hecho antijurídico, sino que, además, para poder castigar al cooperador, el autor tiene que ser un sujeto imputable y no estar incurso en alguna causal de exclusión de culpabilidad. Y aquí, otra vez, hay que insistir en que resulta lamentable que esta deficiencia no se haya sabido advertir y solventar en el PJCM.

Igualmente, en vista de que la Ley señala que el cooperador realiza un «*acto sin el cual no habría podido perpetrarse el delito*», es menester precisar cuál es la diferencia entre esta modalidad de participación delictiva y la coautoría. En efecto, salvo que se asuma la teoría de «la determinación objetiva y positiva del hecho»⁴² y se entienda en consecuencia que el cooperador no tiene un dominio positivo del hecho sino sólo uno negativo, en mérito del cual puede decidir la paralización de la actividad delictiva pero no puede determinar el

41 Véase FEIJOO SÁNCHEZ.

42 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991.

cómo, el cuándo ni el dónde de la realización del hecho antijurídico⁴³, hay que entender que quien interviene en la fase ejecutiva del delito con un acto sin el cual no habría podido perpetrarse el delito tiene el dominio del hecho o, en otras palabras, que es autor. Luego, sólo serán cooperadores aquellos que intervienen en fase previa a la tentativa con actos sin los cuales no habría podido realizarse el delito, es decir, durante los actos preparatorios.

4. La regulación de la inducción (arts. 21 CJM y 15 PCJM), así como de la complicidad (arts. 17 CJM y 23 PCJM), no presenta problemas. Cabe resaltar, no obstante, que las modalidades imprudentes en la primera, por su propia naturaleza, no son posibles, y en la segunda, por mandato legal («siempre que haya nexo de voluntad»), atípicas. Adicionalmente, la complicidad, al igual que la cooperación, en tanto modalidades de participación delictiva, sólo pueden verificarse hasta antes de la consumación; cualquier intervención posterior será atípica, salvo que de por sí constituya un delito.

5. Por mandato del art. 173 Const., cuando un civil interviene como partícipe en el hecho que como autor realiza un militar o miembro de la PNP⁴⁴, el principio de unidad del título de imputación se verificará únicamente si se trata de delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina, pues sólo en estos casos el CJM es aplicable a civiles. En el resto de delitos, las disposiciones del CJM están destinadas exclusivamente a militares y policías⁴⁵, de donde se sigue que los civiles partícipes en los delitos especiales tipificados en el CJM, no responderán como tales, puesto que no se les puede aplicar el CJM. Luego, la sanción que se imponga al civil partícipe tendrá que ser en mérito de las normas del CP. Y aquí se plantea la dicotomía de, o bien sancionado como partícipe de un delito tipificado en el CP, por colaborar con un miembro de las FFAA o de la PNP en la realización de un delito tipificado en el CJM, o bien se le reprime como autor si su conducta que materialmente es de participación en el delito especial contemplado en el CJM puede ser subsumida en un tipo de autoría de algún delito del CP⁴⁶. La primera opción, ciertamente, implicaría una duplicidad de procesos en distintas jurisdicciones (común y militar), lo que resultaría contraproducente en orden a la actuación de pruebas y a la celeridad en la tramitación de los procesos. La segunda posibilidad implica renunciar al principio del título de imputación, pero en aras de evitar una indeseable laguna de impunidad,

43 Sólo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991.

44 Y, por extensión, a las personas comprendidas en los arts. 322 CJM y 344 PCJM.

45 Y la situación no varía con el PCJM

46 Situación que con facilidad podrá adoptarse en el caso de delitos especiales impropios tipificados en el CJM cuyo correlativo común se encuentre en el CP.

conviene proceder a la represión del partícipe, aunque tal sanción estará condicionada a que el comportamiento del partícipe civil pueda ser subsumido en un tipo penal del CP.

Esta situación ha sido positivamente superada en el PCJM, pues su art. 350 establece que «cuando en la comisión de un mismo delito intervengan militares y civiles, estando la jurisdicción militar expedita para los primeros y la jurisdicción ordinaria para los segundos, quien primero conozca de los hechos remitirá al otro, copia autenticada de los antecedentes, para que se avoque al conocimiento de los hechos de su competencia, *salvo que exista concierto*, en cuyo caso corresponderá su conocimiento a la jurisdicción ordinaria»

6. Es también positivo que en el PJCM la reincidencia y la reiterancia no sean reguladas más como circunstancias agravantes (tal como acontece en el art. 21.14 CJM), sino que han de ser tomadas «en cuenta por el Juzgador como una condición personal que lleve al conocimiento del agente, para fines de la determinación de la pena dentro de los mínimos y máximos» (art. 24 *in fine*)

Ni el CJM ni el PCJM contienen una cláusula que impida la comunicación de las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de los autores y partícipes entre los intervinientes en el hecho punible, como lo pregona el art. 26 CP. No obstante, en la medida en que se trata de una omisión en la regulación y no de una regulación deficiente, los arts. 744 CJM y 743 PCJM autorizan a aplicar supletoriamente el art. 26 CP.

7. Por último, el art. 21.9 CJM (igual sucede con el art. 27.9 PCJM), prevé como agravante «cometerlo (el hecho ilícito) valiéndose de la cooperación de otras personas para asegurar su ejecución e impunidad». Resulta un poco disfuncional esta agravante en tanto se aplica al autor o coautores cuando se valen del auxilio de cooperadores y/o partícipes, pero su empleo no se permite cuando lo que hay es coautoría, ya que los coautores no cooperan con otros, sino que a ellos les pertenece el hecho criminal. Así, el fundamento de esta agravante difícilmente podría verse en un aumento del desvalor del acción, puesto que se desconocería que en los casos de coautoría también éste se aumenta y, por lo mismo, tampoco en el incremento del desvalor de resultado. Se trata, no obstante, de una agravante que, si bien no la prevé el CP en su Parte especial, aunque sí para algunos delitos (arts. 186.6 y 189.4 CP para los delitos de hurto y robo, respectivamente), se encuentra presente en Derecho comparado.

§ 7. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

1. La regulación sobre concursos de delitos y leyes que prevé el CJM, y que salvo una ligera añadidura referente al concurso ideal se mantiene en el PCJM, tampoco está exenta de críticas. Ciertamente que es una normativa operativa, pero, una vez más, cabe lamentar que en el PCJM no se incorporen las necesarias modificaciones que amerita el CJM.

2. El concurso ideal de delitos del art. 11 CJM (cuando varias disposiciones penales son aplicables al mismo hecho, se reprimirá éste con una de ellas, aplicándose la que establezca la pena más grave) es, materialmente, igual al que regula el art. 48 CP, con la salvedad de que en aquél no se prevé la posibilidad de que las penas accesorias y las medidas de seguridad puedan ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de las disposiciones que entran en concurso ideal. El que el legislador no haya incorporado esta última posibilidad en el texto punitivo militar, parecería significar que en las hipótesis de concurso ideal únicamente se podrá imponer las medidas de seguridad y las penas accesorias al sujeto activo cuando sean las que contiene la disposición que se ha de aplicar de entre todas aquellas que están en concurso. Aquí es conviene bifurcar y detallar el análisis.

(a) En primer lugar, en cuanto a las medidas de seguridad, la redacción del art. 48 CP, en el extremo en que dispone que podrán imponerse incluso cuando sólo estén previstas en una de las disposiciones, es absolutamente incongruente, ya que las medidas de seguridad únicamente se regulan en la Parte General del CP y su imposición no se prevé en los delitos de la Parte Especial del CP, sino que se produce, según el art. 72 CP, cuando «el agente haya realizado un hecho previsto como delito y cuando a partir del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos»⁴⁷. Resulta difícil pues imaginar que a un sujeto al que se le reprime por la realización de dos o más hechos ilícitos cometidos en concurso ideal, se le imponga una pena por uno de ellos y simultáneamente una medida de seguridad por otro, puesto que si las medidas de seguridad se determinan en función del sujeto y no en atención al hecho

47 No obstante, cuando en la doctrina nacional se reseña esta disposición se sigue dando como posible que las medidas de seguridad se apliquen “aun cuando no estén previstas más que en una de esas disposiciones que están en concurso” (VILLAVICENCIO, p. 195), aunque no se ofrecen ejemplos de cómo se podría aplicar tal enunciado. También PEÑA, 1995, p. 487 y VILLA STEIN, p. 438 y 439.

antijurídico cometido, y si el concurso ideal, por definición, presupone *unidad de acción*, la razón indica que el sujeto debe haber padecido las mismas anomalías, en caso efectivamente haya padecido alguna, cuando cometió *todos* los delitos que entran en concurso ideal. En otras palabras, el sujeto, en el caso detallado, no tiene la posibilidad de que su personalidad varíe desde que perpetra un delito hasta que comete otro, porque al tratarse de un concurso ideal existe *un único momento* en que actúa. Esto quiere decir que, o bien se le impone una medida de seguridad, o bien una pena⁴⁸. En esta línea, si se comparan los arts. 11 CJM y 48 CP, el primero resulta coherente frente al segundo. No obstante, como quiera que las medidas de seguridad no se encuentran previstas en el CJM es dable la aplicación supletoria del CP.

(b) En el caso de las penas accesorias la situación es distinta. En efecto, si se revisa el catálogo de delitos que contiene el CJM se percibe que la mayoría se encuentran conminados con penas más graves que las accesorias, por lo que su imposición en supuestos de concurso ideal, según la letra del art. 11 CJM, es muy poco probable. Y esto es grave en la medida en que la reacción punitiva frente al delito en muchas ocasiones no se satisface con la exclusiva imposición de la pena más grave (que para efectos prácticos, en la mayoría de supuestos, será una privativa de libertad), sino que es también necesario recurrir a las accesorias, como la separación temporal del servicio o del empleo o cargo, la disposición de la clase, la inhabilitación absoluta o relativa, la interdicción civil y la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Es de lamentar, pues, otra vez, que en el art. 17 PCJM no se haya arreglado la situación.

(c) En el PCJM se ha agregado una coetilla que faculta al Juez a considerar a las demás penas como circunstancias agravantes. Pero esta disposición no apaña la crítica formulada en el párrafo anterior referida a las penas accesorias, pues una cosa es que se imponga la pena accesoria (por ejemplo inhabilitación) que prevé el delito que contiene la pena menos grave (lo que sucedería según el CP) y otra, muy distinta, aplicar el tipo de pena que es la más grave (en la mayoría de casos privativa de libertad) aumentada en función a las demás penas que no necesariamente tienen que ser de la misma naturaleza. No se aprovecha la especialidad de las penas, lo que se traduce en que si bien todas las penas en conjunto encuentran su razón de ser en los criterios de prevención general y especial, se reconoce que cada una está específicamente dirigida a un objetivo.

48 La excepción viene dada por el art. 77 CP.

3. El concurso real se regula en el art. 42 CJM: «si hubiese concurrencia de hechos delictuosos se aplicará la pena correspondiente al más grave, considerando los otros como circunstancias agravantes». La previsión normativa del art. 47 PCJM es idéntica. A primera vista, y debido a lo defectuoso de la redacción del art. 42 CJM, parecería no quedar claro que efectivamente se regule en él el concurso real de delitos, toda vez que la «concurrencia de hechos delictuosos» se da tanto en el concurso real como en el ideal. Sin embargo, estando regulado el concurso ideal en el art. 11 CJM y 17 PCJM, queda claro que los arts. 42 CJM y 47 PCJM hacen referencia al concurso real de delitos. Las consecuencias del concurso real del CJM y del PCJM son las mismas que las del CP, esto es, se impone la pena correspondiente al hecho delictuoso más grave. Sin embargo, al igual que en el concurso ideal, en el real que se contempla en el CJM y PCJM se advierte la misma laguna respecto a las penas accesorias a la que se hizo referencia *supra*⁴⁹, aunque se permite considerar a los otros hechos delictivos como circunstancias agravantes. Por eso, una vez más, hay que insistir en que se ha desperdiciado la oportunidad del PCJM, al no haberse seguido el modelo del CP, que es una fórmula más clara y operativa: «cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes», marcando así, claramente, las diferencias entre el concurso ideal y el concurso real de delito.

4. El delito continuado se recoge en el art. 44 CJM: «si se violase la misma ley penal en acciones sucesivas provenientes de una misma determinación criminal, se aplicará la pena correspondiente a este delito continuado, pero aumentada en su duración». A diferencia del art. 49 CP, ni en el CJM y tampoco en el PCJM se admite la posibilidad de apreciar delito continuado cuando el sujeto viole «la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza», lo que se traduce en que sólo podrá afirmarse delito continuado cuando sea el mismo tipo de lo injusto contemplado en la Parte Especial del CJM el que se viola, o lo que es lo mismo, aun cuando se perturbe el mismo bien jurídico, si es que se trata de diferentes tipos de lo injusto, no se podrá invocar el delito continuado. Acotar el campo de aplicación del delito continuado a aquellos supuestos en que se infringe la misma Ley contradice su propia naturaleza jurídica, puesto que si se quiere afirmar que las reiteraciones que conforman el delito continuado no son abarcadas por el tipo como nuevas infracciones, sino que aumentan el contenido del injusto del hecho, previamente hay que aceptar la identidad del bien jurídico afectado⁵⁰. Luego, la lógica, contra la que se dirige el art. 44 CJM, indica que no se requiere

49 § 7.2.(b).

50 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, § 58.I.9.

necesariamente que el tipo de lo injusto violado sea siempre el mismo, sino que exista semejanza entre los vulnerados en atención al bien jurídico.

Nada se dice en la previsión legal del delito continuado con respecto a si las violaciones a la misma Ley han de ser en el momento de la acción o en momentos diversos, pero en la medida en que el delito continuado ha de responder a una misma determinación criminal (términos que, para efectos prácticos, es tanto como decir «misma resolución criminal» que se emplea en el art. 49 CP), queda claro que ambas posibilidades son dables. Y aquí hay que entender que la «determinación criminal» no es lo mismo que el llamado *dolo unitario*, pues en éste es suficiente, para afirmar el factor subjetivo del delito continuado, que el autor actúe con dolo desde antes de la consumación del primer acto parcial; y no como en la «determinación criminal», en cuyo caso no sería necesario que el autor tomase, antes del comienzo o del agotamiento de la primera acción, la decisión de ulteriores acciones similares, sino que sería suficiente con que los dolos particulares configurasen una línea psíquica continuada, en que el dolo posterior aparezca como la continuación del anterior dolo individual⁵¹.

En el art. 49 PCJM se introduce una coetilla en la regulación del delito continuado: «... se aplicará la pena correspondiente a este delito continuado, *pero aumentada en su duración no más allá del máximo*». Opera aquí una agravante de carácter obligatoria que no se prevé en el CP y que, al parecer, resulta ociosa, ya que a la misma conclusión se llega si se atiende a los arts. 48 PCJM («en ningún caso podrá aplicarse al autor de uno o varios delitos, pena de carácter más grave que la fijada específicamente por la ley al delito mayor»⁵²) y 43 PCJM («los jueces fijarán la duración de la pena dentro del mínimo y máximo señalado por este Código, teniendo en cuenta lo dispuesto en él y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y de la pena. Deberán expresar los motivos en que se base la duración fijada a la pena»).

5. El art. 12 CJM, incardinado entre los preceptos de concursos de delitos y delito continuado, establece que «si existiera una ley penal especial para un hecho al que fuere aplicable una disposición general, sólo se aplicará la primera». En igual sentido se expresa el art. 18 PCJM. El principio de especialidad que contiene este precepto indica que, más que concurso de delitos, se trata de un concurso *aparente* de leyes. En efecto, en esta hipótesis, si bien son aplicables varios tipos independientemente considerados unos respecto de los otros, cuando se valoran todos en conjunto se advierte que sólo uno de ellos, el especial, logra

51 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, § 58.I.7.

52 Igual al art. 43 CJM.

aprehender la mayor cantidad de características fácticas que se verifican en el hecho que se pretende sancionar. Por eso resulta correcto afirmar que lo que subyace detrás del art. 12 CJM es un *criterio de interpretación* de la Ley penal. En otras palabras, no llega a ser un concurso pues más que un problema de que el hecho sea subsumible en dos o más supuestos, se trata de un problema de interpretación en el sentido de que cuando se comparan los tipos que en principio parecerían aplicables, se advierte que sólo uno de ellos es realmente aplicable. A partir de aquí surge el cuestionamiento de si es necesario mantener tal regulación en el PCJM, planteamiento al que personalmente respondo de manera negativa pues habría que hacer lo mismo con el resto de los múltiples principios de interpretación de la Ley penal.

6. Por último, en el art. 43 CJM se establece una regla penológica en función de la cual «en ningún caso podrá aplicarse al autor de *uno o varios delitos*, pena de *carácter más grave* que la fijada específicamente por la ley al *delito mayor*». El art. 48 PCJM se expresa en los mismos términos. Válida tanto para los casos de concursos de delitos, concurso aparente de leyes o casos en que no hay concurso alguno, es menester precisar qué se entiende por «pena de carácter más grave» y por «delito mayor». Lo primero se refiere a que no se puede sancionar con una pena cuya naturaleza, según el art. 37 CJM o art. 28 PCJM, sea distinta a la que establece el delito cometido; aunque la excepción, por la propia letra de Ley, es que sí puede imponerse una pena menos grave. Así, por ejemplo, si el delito se encuentra conminado con pena de prisión, no puede imponerse una de penitenciaría, pero sí una de reclusión militar; o en el PCJM, si el delito prevé una pena de Expulsión de los Institutos Armados [art. 28.c) CJM], no puede imponerse una de prisión [art. 28.b)], pero sí una de separación absoluta del servicio [art. 28.d)]. La posibilidad de aplicar una pena de carácter menos grave está prevista, por ejemplo, en el art. 39 CJM, que regula los casos en que «en concepto de los Jueces, por estar casi probada alguna causal de justificación o de exención, o por concurrir causales de atenuación que disminuyan notablemente la responsabilidad penal, se considere excesivo castigar el delito con la pena específica señalada, podrá aplicarse la que sigue en la escala descendente».

No sucede lo mismo en el PCJM, cuyo art. 44 establece que «en los casos en que, en concepto de los Jueces, por estar casi probada alguna causal de justificación o de exención, o por concurrir causales de atenuación que disminuyan notablemente la responsabilidad penal y se considere excesivo castigar el delito con la pena específica señalada, ésta podrá ser disminuida prudencialmente hasta límites inferiores a la establecida». Aquí, como se aprecia, no se faculta

al Juez a imponer una pena *distinta* a aquella con la que se conmina el delito perpetrado, sino, únicamente, y siguiendo el modelo del art. 21 CP, a disminuir la *misma* pena por debajo de los límites legales.

Los términos «delito mayor» se repiten en los arts. 195 CJM y 207 PCJM: «los que, para asuntos del servicio o con motivo de él, hiciesen uso del nombre de un superior, sin la autorización de éste y sin causa justificada, serán reprimidos (...) si el hecho, por sus consecuencias, no constituye *delito mayor*». En atención a ello, cabe concluir que la gravedad del delito se determina con arreglo a criterios como el bien jurídico que se protege y la pena con la que se conmina el delito.

§ 8. CAUSAS DE EXCLUYEN LA TIPICIDAD

1. En el CJM, bajo el rótulo «circunstancias que modifican la responsabilidad criminal», se consigna una serie de causales que, efectivamente, eximen (art. 19), atenúan (art. 20) o agravan (art. 21) la responsabilidad criminal. La *responsabilidad penal* a la que se hace referencia se ha de interpretar en un sentido amplio y no como aquella valoración, formada por la culpabilidad y la necesidad preventiva, que se hace del injusto y da lugar a la punibilidad⁵³. Y es así porque en las «circunstancias que modifican la responsabilidad criminal» se mezclan, indistintamente, algunas que afectan a la tipicidad, otras a la antijuricidad y otras a la culpabilidad.

2. Al igual que el art. 20.6 CP, los arts. 19.4 CJM y 25.4 PCJM, establecen que está exento de responsabilidad «el que obra violentado por fuerza irresistible». Es esta una causal que impide afirmar la existencia de una acción relevante para el Derecho penal, pues, al igual que los movimientos reflejos y los estados de inconciencia, en los casos de fuerza física irresistible el sujeto no actúa voluntariamente. Es irrelevante que el CJM no señale que la fuerza física irresistible pueda provenir tanto de la naturaleza o de un tercero, porque donde la Ley no distingue, tampoco lo puede hacer el intérprete.

3. En el CJM (art. 19.2) y en el PCJM (art. 25.2) se establece como eximente de responsabilidad el causar un mal por mero accidente con ocasión de practicar un acto lícito en el cual se puso la debida diligencia. Resulta llamativo que se haya incorporado este precepto en el CJM y se mantenga en el PCJM, ya que

53 Véase sólo ROXIN, 1997, § 19.I. y ss.

si a pesar de que en un acto lícito realizado con la diligencia debida el sujeto causa un mal, es porque se trata de un caso fortuito. Luego, si las infracciones sólo pueden ser intencionales o culposas (art. 4 CJM), y en el caso fortuito no hay ni siquiera la violación al deber de cuidado, la regulación del art. 19.2 CJM bien puede ser calificada de ociosa, pues aun ante la ausencia de este artículo seguiría siendo imposible sancionar por un mero accidente que es consecuencia de un hecho lícito realizado con la debida diligencia. Lo contrario sería tanto como reivindicar el Derecho penal de hecho —proscrito de todo Estado que se pretenda de Derecho— en detrimento de Derecho penal de autor. Se trata, entonces, de un precepto innecesario, en la medida en que los casos en los que se invoca, la tipicidad se encuentra ya excluida al no ser un hecho doloso ni imprudente. En esta idea ahonda que en el CP y en Derecho comparado se prescinde de ella. Lamentablemente, el legislador penal militar ha persistido en su empeño de mantenerla en el PCJM.

4. La doctrina mayoritaria ubica el análisis del cumplimiento de un deber en sede de antijuricidad, tratándolo como una causa de justificación⁵⁴, lo que presupone que se trataría de un conflicto de derechos en donde, por razones de intereses o necesidad, prevalecería uno de ellos. Otro sector, minoritario, entiende que el cumplimiento de un deber excluye ya la tipicidad porque *«es un fenómeno que tiene lugar cuando un mandato recorta una norma prohibitiva, prevaleciendo sobre ella: la autoridad que allana no incurre en una violación de domicilio, el oficial de justicia que secuestra no incurre en un hurto, el policía que detiene al delincuente flagrante no comete una privación ilegal de libertad, el soldado que mata en la guerra no comete homicidio, etc., porque en cualquier caso, si la autoridad, el oficial de justicia, el policía o el soldado no lo hiciese, incurrirían, como mínimo, en un delito de incumplimiento de sus deberes funcionales»*⁵⁵.

Personalmente entiendo que el análisis del actuar en cumplimiento de un deber debe presuponer identificar el deber que se cumple, porque si bien, al ser un deber, su incumplimiento acarreará siempre responsabilidad, sólo cuando ésta sea de índole penal cabrá afirmar que el cumplimiento del deber excluye la tipicidad. En efecto, sólo en estos casos resultaría incongruente que el Sistema jurídico—penal pusiera contra la espada y la pared al destinatario de dos deberes cuyo cumplimiento simultáneo no sólo no es posible, sino que el desempeño de uno de ellos implica la violación del otro, pues siempre, actuase como actuase, su conducta sería típica. Esta situación se aprecia claramente en el ámbito del

54 JESCHECK/WEIGEND, § 35.I.

55 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, § 32.IV.2; VILLAVIVENCIO, p. 126 ss.

Derecho penal militar, en donde por exigencia del art. 19.5 CJM (y también el art. 25.5 PCJM) el deber que se cumple y en cuya virtud se exime de responsabilidad, ha de ser militar o de función, o lo que es lo mismo, la inobservancia del deber militar o de función podría ser subsumido en algún tipo de lo injusto; piénsese no sólo en las diversas modalidades del delito de desobediencia (arts. 158 y ss. CJM), sino también en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos que regula el CP; en especial, el delito de abuso de autoridad (art. 376 CP) y el del omitir, rehusar o demorar en el cumplimiento de actos funcionales (art. 377 CP).

Por lo dicho, el cumplimiento de un deber militar o de función es una causa de atipicidad. Idéntica valoración amerita el art. 25.4 PCJM.

5. En el CJM no se regula el consentimiento. El mismo vacío se advierte en el PCJM. Procede, pues, invocar el art. 20.10 CP: «está exento de responsabilidad penal: el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición». Es el consentimiento también una causa de atipicidad⁵⁶, pues «si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión ... si el propietario, en virtud de una decisión libre, consciente en el menoscabo o en la destrucción de su cosa, o incluso la solicita, no existe en ello ninguna lesión de la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado»⁵⁷. Este razonamiento presupone el reconocimiento de la dignidad y libertad del hombre y su concepción como sujeto autónomo y capaz de determinar su comportamiento.

§ 9. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD PENAL EN SEDE DE ANTIJURICIDAD

1. El CJM prevé también causales que eximen o atenúan la responsabilidad penal en el ámbito de la antijuricidad. Así, en cuanto a la legítima defensa, el art. 19.6 CJM establece que «está exento de responsabilidad criminal: el que obra en defensa de su persona o de la persona de otro, si concurren las tres

56 Así también, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995, p. 177 ss. En doctrina nacional se reconoce mayoritariamente como causa de justificación, véase PEÑA, 1995, p. 385 ss; VILLAVICENCIO, p. 132 y VILLA STEIN, p. 336 ss.

57 ROXIN, 1997, § 13.II.12.

circunstancias siguientes: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente del que hace la defensa». Esta regulación es muy similar a la que contiene el art. 20.4 CP, y los requisitos de la legítima defensa, en ambos textos legislativos, son los mismos; y son también los que se aceptan tanto en doctrina como en Derecho comparado. No obstante la similitud, si se comparan los arts. 19.6 CJM y 20.4 CP, se advierte que en el primero se restringe el campo de aplicación de la legítima defensa sólo a los casos en que el sujeto «obra en defensa de su persona o de la persona de otro», frente al segundo en donde se habla de actuar «en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros». Esto podría dar a entender que para el Derecho penal militar quien ha de sufrir la agresión ilegítima y en cuyo favor se ejerce la legítima defensa tiene que ser la «persona que se defiende» o «la persona de otro», lo que se traduciría en que los bienes jurídicos que han de sufrir la agresión han de ser bienes jurídicos personalísimos, como la vida, la libertad, la integridad, etc., pues es ésta la única manera de interpretar que se obra en defensa de la persona. Esta interpretación acarrearía que cuando se actúe en defensa de, por ejemplo, la propiedad de otra persona o el decoro de las FFAA o PNP, no procederá invocar la legítima defensa.

Esta situación generaría una grave laguna, sobre todo porque no se puede acudir al estado de necesidad justificante para solventar estos supuestos debido a que el presupuesto objetivo de la legítima defensa es una agresión ilegítima, mientras que el del estado de necesidad una situación de peligro actual. Por ello, y en vista de que la letra de la Ley lo permite, considero que cuando se «obra en defensa de su persona o de la persona de otro» cabe defender no sólo bienes jurídicos personalísimos, sino que también se obra en defensa de la persona cuando se defienden cualquier otro bien jurídico que le pertenezca, pues al ser el bien jurídico una condición para el desarrollo y libre participación del sujeto en la vida en sociedad, cualquier atentado contra éste puede ser visto como un ataque contra la persona. No obstante, hubiera sido deseable que en el art. 25.6 PCJM se aclarara la redacción del precepto, inspirándose en el CP. Al margen de ello, queda siempre la controversia de si cabe legítima defensa a favor de bienes jurídicos supraindividuales.

2. En el CJM (art. 19.5) se regula también la causa de justificación «actuar en ejercicio de un derecho», conforme a la cual «está exento de responsabilidad criminal: el que procede en el ejercicio de un derecho». En el art. 25.5 PCJM se procede de la misma manera. Esta prescripción legal no presenta problemas añadidos a la que prevé el art. 20.8 CP, aunque en ésta última, junto al ejercicio de un derecho, se menciona también el actuar en ejercicio de un *oficio o cargo*.

Sin embargo, a pesar de la diferencia formal, lo importante es que cuando se procede en ejercicio de un oficio o cargo se ejerce, bien un deber, bien un derecho, puesto que el oficio o cargo no es sino la fuente de donde surgen el deber de actuar o el derecho de hacerlo. Luego, si se trata de un deber, será menester aplicar el art. 19.5 CJM en el extremo en que regula el actuar en cumplimiento de un *deber*, pudiendo ser, según lo dicho *supra*⁵⁸, causa de atipicidad; y si por el contrario, es un derecho, se recurrirá al mismo precepto pero en el extremo en que prevé actuar en ejercicio de un *derecho*.

3. El estado de necesidad se encuentra regulado en el art. 19.3 CJM, y en idéntico sentido se expresa el art. 25.3 PCJM. En estas disposiciones se señala que está exento de responsabilidad «el que causa un mal por evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no se pueda razonablemente exigir al autor el sacrificio del bien amenazado y no haya podido emplear otro medio menos perjudicial». Cuando se señala que el estado de necesidad consiste en causar un mal por evitar otro mayor, siempre que éste (el mal mayor que se quiere evitar) *sea efectivo*, a primera vista se induce a pensar que si el mal evitado tiene que ser *efectivo*, es porque se trata ya de una lesión. Si fuera así, en tanto el mal se habría consumado, no cabría actuar en estado de necesidad, porque no habría mal alguno que se pudiera evitar. Por eso hay que interpretar que cuando se señala que el mal tiene que ser efectivo debe tratarse de una situación de peligro actual que representa una amenaza para algún bien jurídico, pero éste no tiene que estar perturbado. Adicionalmente, como quiera que no se mencionan qué bienes jurídicos pueden entrar en conflicto en el estado de necesidad, se entiende que éste puede darse entre todos los bienes jurídicos.

A diferencia del art. 20.4 CP, no se prevé expresamente la posibilidad de que quien actúa en estado de necesidad lo haga para conjurar una situación de peligro que constriñe un bien jurídico de un tercero. Esto conjugaría con el hecho de que si el mismo art. 19.3 CJM señala *in fine* que se apreciará la eximente del estado de necesidad siempre y cuando no fuera razonable exigir al autor el sacrificio del bien amenazado, es porque únicamente los bienes jurídicos que le pertenecen a quien no ha de resultar exigible el sacrificio del bien son los que pueden estar en situación de peligro.

4. Además, se utiliza el vocablo «autor» para referirse a quien actúa en estado de necesidad, cuando tal calificativo jurídico-penal no se corresponde con quien realiza un hecho lícito que es, en definitiva, quien actúa al amparo del estado de necesidad como causa de justificación.

58 § 8.4.

§ 10. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO DE LA CULPABILIDAD

1. En el ámbito de la culpabilidad se aprecian también causales de exclusión de responsabilidad penal en el CJM. Así, su presupuesto, la inimputabilidad, queda plasmada en el art. 19.1 CJM: «está exento de responsabilidad criminal: el que comete el delito en estado de enfermedad mental o de grave alteración de la conciencia que haya impedido totalmente al actor apreciar el carácter delictuoso del acto y suprimido la capacidad para determinarse a obrar libremente. El estado de inconsciencia en ambos casos debe existir en el momento de la infracción y quedar plenamente probado». Desgraciadamente, en el CJM se ha incorporado una inclusión (y) en vez de una exclusión (o) entre las consecuencias de la inimputabilidad. Luego, el Juez militar no podrá declarar inimputable a la persona cuyo estado de enfermedad mental o cuya grave alteración de la conciencia sólo haya neutralizado su capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o su capacidad para determinarse según esa comprensión, sino que, según la desatinada letra de la Ley, tendrá que comprobar que el sujeto no sólo no pudo comprender el carácter ilícito de su acto y, *adicionalmente a ello*, no pudo comportarse según esa comprensión.

Ciertamente que cuando un sujeto no tiene la capacidad de apreciar el carácter ilícito del acto tampoco tendrá la capacidad para comportarse conforme a tal comprensión, pues la segunda presupone a la primera. Pero los problemas que se derivan de la desatinada previsión normativa se advierten cuando el sujeto puede comprender el carácter delictuoso de su acto pero, no obstante, debido al estado de enfermedad mental o de grave alteración de la conciencia que padece, no puede comportarse según tal comprensión.

Salta a la vista también que el legislador penal militar ha conceptualizado los supuestos de inimputabilidad como casos de inconsciencia («... el estado de inconsciencia en ambos casos debe existir en el momento de la infracción y quedar plenamente probado»). No se debe interpretar, sin embargo, el art. 19.1 CJM que regula el estado de inconsciencia como un supuesto de exclusión de la acción puesto que, al margen del título que el legislador le haya dado, lo cierto es que dicho precepto regula la inimputabilidad como presupuesto de la culpabilidad. Otra cosa no se puede desprender de una situación que impide apreciar el carácter delictuoso del acto o comportarse conforme aquella comprensión.

Pero lo más aberrante de la regulación de la inimputabilidad es que el legislador del CJM considera que un inimputable puede cometer un delito. Otra cosa no se puede desprender del art. 19.1 CJM cuando señala que «... el que comete el *delito* en estado de enfermedad mental ...». No llego a entender cómo un inimputable puede realizar un delito si la inimputabilidad es presupuesto de la culpabilidad y ésta parte del delito. La única forma de otorgarle visos de aplicabilidad a este precepto es interpretar que cuando se hace referencia al «delito» se debe entender «hecho previsto como delito». Lejos de percibir el problema y solventarlo, el legislador del PCJM se ha limitado a transcribir en el art. 25.1 PCJM el art. 19.1 CJM.

2. El CJM no contiene precepto alguno en el que se regule el estado de necesidad exculpante; tampoco lo prevé el PCJM. El art. 19.3 CJM⁵⁹ no puede ser visto como un precepto que regule el estado de necesidad exculpante, a menos que la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el exculpante no se coloque en la desproporción o proporción entre el mal causado y el evitado. En efecto, la doctrina entiende que en el estado de necesidad como causa de justificación el mal que se causa tiene que ser menos grave que el que se evita; mientras que en el estado de necesidad como causa de exculpación se parte de que hay igualdad de males o daños y de que éstos son importantes (como la vida, integridad corporal o la libertad por ejemplo); de ahí que en el estado de necesidad exculpante no resulte exigible una conducta determinada⁶⁰. Este es el criterio por el cual opta el CP (arts. 20.4 y 20.5). Entonces, cuando el art. 19.3 CJM habla de «causar un mal para evitar uno mayor» haría referencia exclusivamente al estado de necesidad como causa de justificación. En esta línea de pensamiento, cabe invocar supletoriamente el art. 20.5 CP.

El miedo insuperable (arts. 19.4 CJM y 25.4 PCJM), por su parte, es bastante claro en su redacción y se asemeja a la prescripción del art. 20.7 CP.

3. La obediencia debida es, por antonomasia, la causa de exclusión de responsabilidad penal en Derecho penal militar. Analizar en detalle la naturaleza, presupuestos y alcances del art. 19.7 CJM («el que procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de éste no sea notoriamente ilícita») desbordaría los objetivos de este trabajo⁶¹, por eso me limitaré simplemente a ofrecer mi punto de vista sobre algunos aspectos muy puntuales.

59 En detalle, *supra* § 9.3.

60 BUSTOS/HORMAZÁBAL, II, p. 379.

61 Véase, en todo caso, la interesante contribución de DU PUIT sobre este tema en este mismo volumen.

(a) En primer lugar, se ha de tomar postura sobre si la obediencia debida, *de lege lata*, tiene cabida, además de en el ejercicio de actividades castrenses, en el desempeño, por ejemplo, de la función administrativa o civil (la llamada «obediencia debida laboral»). Si se tiene en cuenta que los destinatarios del CJM son únicamente los miembros de las FFAA y PNP, o lo que es lo mismo, la obediencia debida del art. 19.7 CJM está dirigida exclusivamente al personal castrense, se tiene que el campo de aplicación del art. 20.9 CP («el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones») está constituido por todos aquellos quienes no sean personal de las FFAA y PNP. Sólo así puede conciliarse la existencia de dos regulaciones disímiles sobre la misma materia en el mismo Ordenamiento jurídico. En esta línea, la obediencia debida es dable también en el ámbito civil. Sucede así, por ejemplo, cuando un Juez (autoridad competente) ordena, en el ejercicio de sus funciones (en un juicio penal), que se detenga a una persona (procesado) en contra de lo legalmente establecido para tal efecto (art. 135 CPP). Luego, el Policía que materialice la orden podrá quedar exento de responsabilidad en virtud de la obediencia debida del art. 20.9 CP.

(b) En un Estado de Derecho nadie debe obediencia al que actúa al margen del Ordenamiento jurídico; de ahí que la otra cara de la moneda en la obediencia debida pueda ser identificada como la potestad que tiene todo ciudadano (militar, policía o civil) de no ser compelido a realizar actos ilícitos. No obstante, es verdad también que el sometimiento que el subalterno debe al superior en los institutos armados se ve avalado por el principio de jerarquía y de autoridad, lo que a su vez permite la funcionalidad de la organización militar o policial ya que, en principio, no se tolera cuestionamiento alguno contra la orden impartida por el superior. Con base en estas ideas se puede interpretar el art. 19.7 CJM. En efecto, si se invoca la obediencia debida cuando la orden *no sea notoriamente ilícita*, luego no es posible eximir de responsabilidad a quien ejecuta una orden cuando *sea notoriamente ilícita* (al menos no en atención al art. 19.7 CJM), lo que induce a pensar que en estos supuestos el subordinado puede hacer caso omiso al superior.

(c) A partir de su comparación con el delito de desobediencia (arts. 158⁶² y ss. CJM) surgen algunas luces en torno al contenido de la obediencia debida como causa de exclusión de responsabilidad. En la obediencia debida la orden surge de una relación directa y personal entre el superior/emisor y el subordinado/destinatario, mientras que en el delito de desobediencia puede tratarse, además, de órdenes o instrucciones de carácter general y a las que se haya dado en

62 “Dejar de cumplir una orden del servicio sin causa”

forma impersonal para un caso especial determinado a fin de que sean cumplidas por quien, en razón de sus funciones, estuviese obligado a hacerlo (art. 159 CJM). El común denominador es que en ambos casos se desobedece el mandato recibido, no obstante, la clave consiste en identificar cuál es la divergencia entre la desobediencia de una orden que conlleva responsabilidad penal (delito de desobediencia) y la desobediencia de una orden que, lejos de generar la atribución de responsabilidad penal, opera como exclusión de ésta (obediencia debida). Y no puede ser otra que el contenido de la orden. En efecto, en el primer caso (delito de desobediencia), se parte de que la orden es *lícita*, de ahí que su incumplimiento sea típico⁶³; mientras que en la obediencia debida se parte de que la orden es, aunque no notoriamente, *ilícita*. En este orden de ideas, el Ordenamiento jurídico no sólo permite sino que exige, en determinados casos, que el personal subordinado ejecute órdenes ilícitas. Sucede así con las órdenes que no son notoriamente ilícitas, pues en este supuesto el incumplimiento no podrá ser visto como obediencia debida, y el ejecutor incurrirá en responsabilidad penal si no cumple la orden⁶⁴.

(d) La ley le atribuye a la ilicitud de la orden el calificativo de «notoria» que, según la segunda acepción del diccionario de la RAE denota «claro, evidente»⁶⁵. Esto genera que el margen de error de quien consuma la orden quede reducido prácticamente a la nada, puesto que si una orden es notoriamente ilícita es porque es claro y evidente que es ilícita; o lo que es lo mismo, a quien en el marco de las FFAA o PNP cumple una orden ilícita pero que no sea notoriamente ilícita no se le exige, desde el punto de vista de la obediencia debida, que se hubiera cuestionado por la ilicitud de la orden, aun cuando él hubiera tenido dudas sobre ello. Tal cometido será exigible sólo cuando la ilicitud salte a la vista (cuando sea notoria). Esto se puede ver como un claro síntoma de que en la regulación de la obediencia debida del ámbito militar y policial se ha apostado por la funcionalidad y operatividad de las instituciones armadas en detrimento de la autonomía, frente a una orden ilícita, del personal subalterno. Con todo, precisar cuándo la orden es «notoriamente ilícita» importa adoptar un baremo objetivo en virtud del cual se determine si para el personal subordinado estándar,

63 Resulta pintoresco que el legislador haya incorporado al tipo de lo injusto del art. 158 CJM una mención expresa a las causas de justificación: “cometen desobediencia los que dejan de cumplir una orden del servicio *sin causa justificada*” (cursivas añadidas). La consecuencia de tal inclusión es que, en el delito contemplado en el art. 158 CP, una causa de justificación materialmente neutralizará la ilicitud de la conducta, pero formalmente será causa de atipicidad.

64 A no ser, claro está, que se pueda invocar alguna otra causal de justificación o de exclusión de responsabilidad.

65 Cfr. voz «notorio», Diccionario de la Lengua Española, RAE

de acuerdo con los conocimientos, pericia y experiencia que les resultan exigibles, se pudo advertir la ilicitud de la orden. No obstante, es posible también que el sujeto se equivoque sobre la ilicitud de la orden, e incluso sobre su notoriedad, lo cual se traduce en un error sobre un elemento de una causa que excluye la responsabilidad, y habrá que aplicar, en estos casos, las reglas pertinentes del error o invocar el art. 20.1 CJM.

(e) La obediencia debida debería ser derogada habida cuenta que todas las hipótesis que en ella pueden ser subsumidas pueden ser tratadas como casos de error, miedo insuperable o el estado de necesidad, y cuando no sea así, no hay motivo para que se exima de responsabilidad penal⁶⁶. En el ejemplo puesto anteriormente, si el policía, a sabiendas de la ilegalidad del mandato de detención, acata la orden del Juez, no veo porqué se le tenga que eximir de responsabilidad, a no ser que haya procedido en virtud de miedo insuperable o estado de necesidad (temor a ser sancionado, etc.). Si desconoce la ilegalidad de la orden habrá actuado en error y habrá que aplicar las normas que para tal efecto contiene el CP.

§ 11. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

1. El art. 20.1 CJM, y también el art. 26.1 PCJM, manifiesta que es una circunstancia atenuante «las comprendidas en el artículo anterior (19), cuando *no estén plenamente probadas* o no concurren en ellas todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad». Se regula, pues, una responsabilidad restringida, similar a la del art. 21 CP, aunque las diferencias entre estas disposiciones se aprecian en orden a las consecuencias, pues en el CJM y en el PCJM se trata de una atenuante cuyo límite viene dado por el mínimo de la pena con que se conmina el delito, mientras que en el CP se puede⁶⁷ disminuir prudencialmente la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal. Pero, al margen de ello, lo que llama la atención de la regulación penal militar es que se atenúe la pena cuando no se encuentra probada plenamente la causal de exención de responsabilidad. Es llamativo porque si algo no se encuentra *plenamente* probado es porque no se encuentra probado. En todo caso, y haciendo un juicio analógico a partir de la legítima defensa incompleta, hay que

66 Cfr. ZÚÑIGA, 1992. *passim*

67 Aunque el Acuerdo Plenario 4/99 del Pleno Jurisdiccional de Iquitos (1999) señaló que “la circunstancia atenuante prevista en el Art. 21 del Código Penal es de aplicación obligatoria. En tal caso, la disminución prudencial de la pena opera del mínimo legal hacia abajo”.

interpretar que como mínimo se ha de exigir que se haya demostrado plenamente la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causales que eximen de responsabilidad penal. Hasta donde alcanzo a observar, la ley otorga al Juez Penal Militar un amplio margen de discrecionalidad para eximir de responsabilidad al procesado, pues si bien se hace alusión a que la causal de exención de responsabilidad puede no estar plenamente probada, lo que indica que al menos deben existir suficientes indicios de su concurrencia, ello, en definitiva, dependerá de la discrecionalidad del Juez que, no por eso, debe omitir fundamentar debidamente el fallo.

§ 12. VALORACIÓN FINAL

1. La naturaleza de la función militar y policial demanda la existencia de un CJM en el que se regule expresamente los comportamientos que en el ejercicio de tal función resultan penalmente relevantes. En buena cuenta, entiendo que es necesaria una Parte Especial del Derecho penal militar. No obstante, en cuanto a una Parte General del Derecho penal militar me muestro más escéptico, ya que el Derecho penal militar no deja de ser parte del Derecho penal y, por ello, los principios y criterios de imputación de responsabilidad penal válidos para éste y regulados en el CP, deberían resultar aplicables también en el Derecho penal militar. Reconozco, sí, que existen ciertas diferencias que es menester regular positivamente, como la de determinadas circunstancias que modifican la responsabilidad (eximentes, atenuantes o agravantes) en atención a la calidad del sujeto, pero ello no obsta a que sigan siendo los mismos criterios de imputación lo que se apliquen en uno y en otro caso. En todo esto revierte la actual regulación de la Parte General del CJM y la del PCJM que, lejos de adecuar su normativa a la de CP, se empeñan en marcar diferencias que conducen a interpretaciones disfuncionales con su propia naturaleza. Felizmente existen los arts. 744 CJM y 743 PCJM, con arreglo a los cuales se puede aplicar supletoriamente, en algunos casos, la Parte General del CP, pero ello no puede ser visto como una excusa de las incongruencias de la Parte General del CJM y del PCJM.

En la coyuntura actual, en donde se pretende reformar el CJM, mientras los que tiene la capacidad y obligación de decidir sigan empeñados en legislar una Parte general del CJM autónoma de la Parte general del CP, en vez de remitirse a ésta y regulan únicamente aquellos aspectos que por razón de la materia diferencian al Derecho penal militar del Derecho penal común (como el caso mencionado de algunas circunstancia que modifican la responsabilidad), no se

debe escatimar esfuerzos en recurrir a la lógica jurídica y denunciar los errores, incongruencias, excesos y lagunas de los que adolece tanto el texto punitivo militar vigente como el PCJM.