

**Universidad de Chile**  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Penal

# **“Límite entre la Responsabilidad Penal Militar y la Responsabilidad Disciplinaria Militar”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Rodrigo Mera González-Ballesteros**

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

**Santiago, Chile. 2004**



Introducción . . . . .	1
Capítulo I. Responsabilidad penal y responsabilidad disciplinaria . . . . .	3
Presupuestos de la responsabilidad penal y disciplinaria: Delito e Infracción disciplinaria . . . . .	6
Delito . . . . .	6
Infracción Disciplinaria . . . . .	8
Capítulo II. Delito militar e infracción disciplinaria militar . . . . .	11
Delito militar . . . . .	13
Infracción disciplinaria militar . . . . .	24
Capítulo III. Situación de nuestro sistema de justicia militar a la luz del concepto doctrinario de delito militar . . . . .	29
Título V del Libro III del CJM: . . . . .	38
Párrafo 1º del Título V: <i>Sedición o motín</i> . . . . .	38
Párrafo 2º del Título V: <i>Ultraje a centinelas, a la bandera y al Ejército</i> . . . . .	40
Título VI: “Delitos contra los Deberes y el Honor Militares” . . . . .	40
Párrafo 1º del Título VI: <i>Delitos en el servicio</i> . . . . .	41
Párrafo 2º del Título VI: <i>Delitos de centinela</i> . . . . .	43
Párrafo 3º del Título VI: <i>Abandono de Servicio</i> . . . . .	45
Párrafo 4º del Título VI: <i>Abandono de destino o residencia</i> . . . . .	46
Párrafo 5º del Título VI: <i>Deserción</i> . . . . .	47
Párrafo 6º del Título VI: <i>Usurpación de atribuciones, abuso de autoridad, denegación de auxilio y uso indebido de uniforme</i> . . . . .	49
Párrafo 1º del Título VII: <i>De la desobediencia</i> . . . . .	52
Párrafo 2º del Título VII: <i>Ultraje a superiores</i> . . . . .	55
Capítulo IV. Crítica de nuestro sistema de justicia militar y posición superadora . . . . .	59
Capítulo V. Conclusiones . . . . .	71
Bibliografía . . . . .	75



# Introducción

El presente trabajo se propone establecer la franja divisoria entre la responsabilidad penal militar y la responsabilidad disciplinaria militar, entre el delito militar y la infracción disciplinaria militar. Si tal es el propósito, naturalmente será porque el límite no está claro, al menos para nuestros textos positivos. El interés en realizar esta investigación nace, precisamente, de la constatación de la deficiente regulación de esta materia por el Código de Justicia Militar (que es el que se ocupa de la tipificación de los delitos militares), deficiencia que se muestra, en el aspecto que aquí interesa, en la desmesurada amplitud de nuestra jurisdicción penal militar. Una jurisdicción penal militar sensata, respetuosa de los principios fundamentales del derecho penal contemporáneo, debiera comprender un campo de acción más bien limitado, tanto en relación a las materias como a las personas a quienes pudiera alcanzar. En cuanto a las materias, debiera ocuparse únicamente de los delitos militares propiamente tales (que importan un verdadero atentado a los intereses castrenses); en cuanto a las personas, debiera limitar su alcance a los únicos que pueden cometer delitos militares propiamente tales: los militares. Nuestro sistema, en cambio, parte diciéndonos que es delito militar toda conducta contemplada en el Código de Justicia Militar, aunque se trate de un hecho que en modo alguno pueda afectar un interés castrense o que, afectándolo, no importe la perturbación real de un bien jurídico, sino sólo de un deber militar, reprimible por la vía disciplinaria. Asimismo, nuestra jurisdicción penal militar alcanza a muchos más civiles (que en teoría no pueden cometer delitos militares) que a militares.

Este estudio se ocupará solamente de uno de los aspectos recién señalados, que se refiere a la amplitud de nuestra jurisdicción penal militar en relación a las materias de que

conoce, y ello lo hará con la mirada puesta en otra clase de jurisdicción, la jurisdicción disciplinaria militar, que a su juicio debiera sustraerle un buen número de comportamientos para su conocimiento y juzgamiento.

Delimitando más el asunto, adelantamos que nos ocuparemos solamente de las infracciones cometidas en tiempo de paz. Para la milicia el tiempo puede ser de paz o de guerra, y en uno y otro los sistemas normativos operan de distinto modo, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. Atendido el hecho de que el tiempo de paz es el de normalidad y que un estudio del de guerra daría para otra investigación completa, nos quedaremos con el de paz.

En una primera parte se establecerán las nociones básicas acerca de lo que es la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, analizando los presupuestos de una y otra (delito e infracción disciplinaria). Luego se analizarán los conceptos teóricos de delito militar e infracción disciplinaria militar, delimitando la esfera de cada uno de ellos y estableciendo los elementos que los distinguen. A partir de dicho análisis es que se echará luz sobre nuestro Código de Justicia Militar para ver en qué medida recoge el concepto teórico de delito militar. En este punto el trabajo tomará partido por la posición crítica a que nos refiriéramos, relativa a la desmesurada amplitud de nuestra jurisdicción penal militar en relación a las materias de que conoce, para luego proponer un marco superador que se basa en el estrechamiento de la órbita de la responsabilidad penal militar y la correlativa ampliación del campo de la responsabilidad disciplinaria militar.

# Capítulo I. Responsabilidad penal y responsabilidad disciplinaria

Si este trabajo se propone abordar los límites existentes entre la responsabilidad penal militar y la responsabilidad disciplinaria militar es preciso dar una noción acerca de lo que es la responsabilidad. En derecho, en términos genéricos, podemos decir que la responsabilidad es la necesidad jurídica en que se encuentra una persona de afrontar las consecuencias derivadas de una conducta dañosa o peligrosa que le es imputable. Así, el que incumple un contrato o en general causa un daño a otro se dice tener responsabilidad civil, que lo enfrenta a reparar el daño causado; el que comete una falta penal, un simple delito o un crimen se dice ser responsable penalmente y habrá de sujetarse a la pena y/o medida de seguridad que la ley penal le imponga; el que cometa un acto que en general atente contra la administración del Estado tendrá responsabilidad administrativa y se hará acreedor a la sanción que el gobierno le imponga. Nos interesa, en este punto, referirnos a una especial clase de responsabilidad, la disciplinaria. La responsabilidad penal será tratada después, y se hablará de ella a través del estudio de su presupuesto (el delito).

Para estudiar la responsabilidad disciplinaria resultará de utilidad comenzar analizando lo que la palabra *disciplina* significa. Dentro de las diversas acepciones que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española reconoce, la que es oportuna aquí es la siguiente: “Especialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular, observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto”. Es tal

acepción la que calza con justeza para entender la responsabilidad disciplinaria. Podemos decir que es responsable disciplinariamente aquel individuo perteneciente a una determinada profesión o instituto que infringe las leyes u ordenamientos de la dicha profesión o instituto. Toda institución, integrada de individuos, que pretenda el logro de sus objetivos, dispondrá en su seno de normas de conducta conducentes a dicho logro; y de medidas de corrección frente a su infracción que permita volver a sus rieles al descarriado. Descarriados los habrá en una universidad, en una empresa, en un equipo de fútbol, en las Fuerzas Armadas, en la policía, el poder judicial, etc. Para ellos estarán previstas diversas medidas que otros individuos de la misma institución y a través de un procedimiento determinado, podrán imponerles. Será su imposición lo que permitirá su estable funcionamiento, o al menos, lo que dará esperanzas para ello. Se puede ver, entonces, que el ámbito de la responsabilidad disciplinaria abarca “grupos de relación determinados y más restringidos (que la sociedad toda)”<sup>1</sup>; la definición de *disciplina* hablaba precisamente de *profesión o instituto*. Sin embargo es preciso distinguir entre dos órdenes de institutos o grupos de relación pues sólo en uno de esos órdenes se podrá hablar propiamente de responsabilidad disciplinaria, en el sentido al menos de poderse imponer una sanción coactivamente en caso de infracción<sup>2</sup>. Un primer grupo está constituido por ciertas “organizaciones sin las cuales la existencia de la sociedad se vería amenazada...(como) la judicatura, la Administración Central del Estado, las fuerzas armadas, la policía, la organización municipal...que forman parte de la estructura estatal entendida en sentido más o menos lato”<sup>3</sup>. El segundo grupo se refiere a otras instituciones, también fundamentales para el desarrollo integral de la sociedad, pero de una entidad distinta. Corresponden básicamente a agrupaciones intermedias, como sociedades, fundaciones, establecimientos educacionales, organizaciones religiosas, etc. Estas últimas instituciones se organizan, como las primeras, en base a regímenes disciplinarios, pero el cumplimiento de la sanción que se imponga en caso de infracción descansa en la sola voluntad del asociado infractor. Ello es así porque al ser instituciones no estatales, sus superiores carecen de poder de imperio. No ocurre lo mismo con el primer grupo de instituciones. En éstas existe un verdadero “derecho penal disciplinario” y auténticas sanciones disciplinarias que pueden ser impuestas por la fuerza; se encuentra la autoridad estatal ahí presente. Éstas son las instituciones que nos interesan, específicamente las Fuerzas Armadas; a ellas se aplica el derecho disciplinario, que puede ser definido como “aquel que señala infracciones propias del cargo, que suponen un incumplimiento de los deberes oficiales, los cuales son sancionados con penas específicas por órganos no judiciales y a través de un procedimiento peculiar”.<sup>4</sup> El derecho disciplinario, entonces, permite a las autoridades administrativas superiores aplicar sanciones a sus subordinados (que pueden llegar a ser de gran aflicción) frente a infracciones referidas al cargo de éstos, y a través de un procedimiento particular, propio.

<sup>1</sup> Cury, Enrique, “Derecho Penal”, Parte General, p.83 (el paréntesis es mío).

<sup>2</sup> Cury habla de “derecho penal disciplinario” para referirse a estos casos. Idem.

<sup>3</sup> Ibidem (el paréntesis es mío).

<sup>4</sup> Nieto García, A., “Problemas capitales del derecho disciplinario”, RAP, N° 63, 1970, p.49.

Vemos la relación entre este derecho y el derecho administrativo cuando analizamos la órbita sancionatoria de este último. En efecto, la administración tiene reservadas potestades de sanción, que en definitiva miran al mejor gobierno y que permiten la descongestión del sistema judicial. Así, a la administración se encarga el conocimiento y juzgamiento de dos órdenes de infracciones, que, a su vez, dividen su potestad sancionatoria en dos grupos de potestades. Mario Garrido las llama *potestad correctiva* y *potestad disciplinaria*. La primera “permite aplicar castigos a sus administrados (cualquier ciudadano) cuando no respetan sus instrucciones (así las infracciones a las normas de tránsito, multas por infracción de normas tributarias, etc.” La segunda, “destinada a corregir a sus propios agentes en la administración (como los funcionarios públicos)”<sup>5</sup> (y los militares). A distintas potestades también distintas sanciones: sanción correctiva<sup>6</sup> y sanción disciplinaria o disciplinal. Con las primeras se mantiene el orden general de la sociedad administrada; con las segundas, el orden interno de la institución particular de que se trate y el desempeño de sus funcionarios subordinados.<sup>7</sup> La ley penal nacional reconoce esta doble potestad sancionatoria de la administración. Lo hace en el artículo 20 del Código Penal, que se refiere a una serie de medidas que pueden ser impuestas a las personas y que no deben ser consideradas como penas. Dice este artículo en lo pertinente: “*No se reputan penas..(las) demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.*” En base a las precisiones anteriores es que se señala que ambos derechos, administrativo y disciplinario, se encuentran en una relación de género a especie. Es claro que el segundo es específico en relación al primero, en cuanto su campo de acción es mucho más restringido. En efecto, el derecho administrativo alcanza a todo ciudadano, en cambio el disciplinario sólo a los funcionarios que integran la estructura administrativa estatal.

La base normativa del derecho disciplinario en Chile está dada por la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado n° 18.575. Después de precisar su artículo primero que el gobierno y la administración del estado descansan en el Presidente de la República señala cuáles son los órganos de la administración del estado (entre los que se encuentran las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad Pública). Su artículo 7° señala que “*Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico.*”

El artículo 10° nos dice: “*Las autoridades y jefaturas... ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia...*”

Artículo 12: “*El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas*

---

<sup>5</sup> Garrido Montt, Mario, “Derecho Penal”, Parte General, tomo I, p. 155.

<sup>6</sup> Cury las llama *gubernativas*. Op. cit., p. 73.

<sup>7</sup> Garrido Montt, Idem.

*estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones.”*

Finalmente, el artículo 15 establece: *“El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle.*

*En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”.*

Este es, entonces, el marco normativo general que rige en Chile al derecho disciplinario.

## **Presupuestos de la responsabilidad penal y disciplinaria: Delito e Infracción disciplinaria**

Establecida la noción básica de *responsabilidad* y hecho un análisis más acabado de la responsabilidad disciplinaria, corresponde en esta parte hacer un estudio de los conceptos de *delito* e *infracción disciplinaria*, conceptos que no son más que los presupuestos de la responsabilidad penal, por una parte, y de la responsabilidad disciplinaria, por la otra. En primer lugar se hablará del delito y de la infracción disciplinaria propiamente tales para luego entrar de lleno en las nociones particulares que nos interesan, que son las de delito militar e infracción disciplinaria militar.

### **Delito**

¿Qué es delito? Rápidamente podemos dar una respuesta si revisamos nuestro Código Penal, pues su artículo 1º lo define y nos dice que *“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”*. A la par de este concepto legal podemos dar otro, también formal, que podríamos definir como de carácter analítico o sistemático, pues recoge cada una de las características que la doctrina mayoritaria actual, nacional y extranjera, le asigna. De acuerdo a este criterio analítico delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable. Si preferimos un concepto material, que de inmediato nos dé más luz sobre la noción de delito, podemos decir que es un comportamiento humano atentatorio contra valores considerados fundamentales por la sociedad, previsto y sancionado por la ley.

No es el objeto de este estudio hacer un análisis acabado del concepto de delito, por lo que sólo efectuaremos un repaso ligero de sus características, deteniéndonos, eso sí, en aquellas que revistan especial interés para esta investigación. El concepto sistemático de delito, que ya se reprodujera, nos dice, en primer lugar, que éste es una conducta, activa u omisiva, (lo mismo que hace el concepto legal). Con ello nos está diciendo que el delito corresponde a un comportamiento humano, que puede adoptar la forma de un

hacer, o bien, de un no hacer algo a lo que se estaba obligado, pudiendo haberlo hecho (omisión). El primer requisito de este comportamiento humano, para ser considerado delito, será que se encuentre descrito en una norma legal. Es preciso que una ley, escrita, estricta y previa, describa en abstracto esta conducta y la pena que le aparece. Este requisito corresponde a uno de los principios fundamentales del derecho penal, el principio de legalidad, y constituye una sólida garantía para todo ciudadano que encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 19 n° 3 inciso final de la Carta. Entonces, cuando un comportamiento humano determinado se encuentre descrito en un tipo legal, diremos que tal comportamiento es *típico*.

Enseguida, es preciso que esta conducta sea *antijurídica*. Se entiende que lo es cuando es contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto. ¿Y cuándo una conducta es contraria al ordenamiento jurídico? Se puede decir que “cuando realmente ha puesto en peligro o lesionado el bien protegido por las normas legales y siempre que excepcionalmente no concurra una causal de justificación...”<sup>8</sup> Dos requisitos vemos, entonces, para tildar a una conducta de antijurídica: uno positivo y uno negativo. Nos interesa aquí referirnos al primero, que conecta a esta segunda faz del delito con un segundo principio garantista fundamental del derecho penal, que es el principio de lesividad, conocido bajo el aforismo *nullum crimen sine injuria*. No hay delito sino cuando la conducta típica afecta al bien jurídico protegido, ya sea por la vía de su lesión efectiva o de su puesta en peligro. El concepto de bien jurídico es capital. Por una parte llena de contenido al delito, nos dice qué es lo protegido por la norma penal; por la otra, es la noción que constituye el fundamento del ejercicio del poder punitivo del Estado, su límite (garantía para el individuo) y para algunos autores incluso la deslegitimación del mismo<sup>9</sup>. ¿Qué es el bien jurídico? Podemos decir que es “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”<sup>10</sup>. En la sociedad hay ciertos intereses que se sitúan, ya en la esfera individual de la persona (vida, salud, patrimonio), ya en la de la comunidad toda (seguridad exterior, fe pública), que son considerados indispensables por la propia sociedad para su normal desenvolvimiento. Tan indispensables se consideran que al ataque de los mismos se acompaña una sanción penal, es decir, una medida de fuerza extrema aplicada por el Estado. Como el concepto de bien jurídico que diéramos lo señala, no cualquier interés o *bien* de la comunidad o del individuo recibirá protección penal. Sólo la recibirán aquellos intereses que la sociedad considere vitales, significativos socialmente; y no frente a cualquier ataque, sino que frente a ataques significativos. Qué intereses concretos se protegerán y frente a qué tipo específico de ataques es una cuestión política que cada sociedad decidirá particularmente, atendido su contexto histórico y su evolución social. La tendencia dominante en la actualidad entre los juristas de occidente es la de establecer

<sup>8</sup> Garrido Montt, Mario, op. cit., tomo II, p. 13.

<sup>9</sup> Así, Juan Bustos señala que “Esto último (lo deslegitimador), en cuanto la profundización democrática de las necesidades y su satisfacción, ha de llevar a resolver los conflictos que se produzcan o puedan producirse a través de otros medios que no sean el derecho penal”. (En: “Manual de Derecho Penal”, Parte General, p. 55).

<sup>10</sup> Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, p.15 (citado por Mario Garrido, op. cit. p. 63).

que la respuesta penal estatal debe ser limitada a este respecto, tanto en relación a los intereses que se considerarán vitales como a los ataques que se considerarán lesivos. Esta tendencia se concreta en el carácter fragmentario que se reconoce al derecho penal, que importa una nueva garantía para el ciudadano. Dice Bustos acerca del carácter fragmentario del derecho penal que “dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos”.<sup>11</sup>

Cumplidos los requisitos de la conducta de ser típica y antijurídica sabremos que estamos frente a un hecho de carácter delictivo, frente a un injusto penal, pero todavía será necesario realizar un tercer grado de análisis, referido ahora al sujeto y a sus circunstancias personales, para saber si le podemos reprochar su conducta típica y antijurídica y aplicar la correspondiente sanción; para saber, en definitiva, si le podemos considerar *culpable*. En términos generales el sujeto será culpable en la medida en que haya sido imputable, haya tenido conciencia de la antijuricidad de su conducta y haya podido actuar de otro modo en el caso concreto.

## Infracción Disciplinaria

¿Qué es infracción disciplinaria? Podemos dar una respuesta a partir del concepto de derecho disciplinario que reprodujéramos más arriba<sup>12</sup>. La infracción disciplinaria es una infracción propia del cargo, que supone el incumplimiento de deberes oficiales, sancionada con una pena específica por un órgano no judicial y a través de un procedimiento peculiar. Ya sabemos que el derecho disciplinario se aplica a los funcionarios de la administración del Estado, funcionarios que ocupan determinados *cargos* según la institución a la que pertenecen: cargo de funcionario judicial para los que integran el poder judicial, cargo de militar para los que integran las Fuerzas Armadas, cargo de funcionario municipal para los que trabajan en las municipalidades, etc. Cada uno de estos cargos exigirá del funcionario que lo ocupe el cumplimiento de determinados deberes inherentes al mismo, que de incumplir lo sujetará a la incoación de un procedimiento administrativo que podrá culminar en la imposición de una sanción disciplinaria.

Los funcionarios públicos, al violar los deberes propios de sus cargos, no solamente podrán cometer infracciones disciplinarias, sino también delitos. Se tratará, en tales supuestos, de delitos especiales, que se caracterizan por la particular posición del sujeto activo (funcionario público en este caso) y la infracción de un deber especial que le es propio<sup>13</sup>. Así, nuestro Código Penal tipifica en el título V de su libro II una serie de delitos

---

<sup>11</sup> Bustos, op. cit., p.44.

<sup>12</sup> Vid. supra, pág. 5.

<sup>13</sup> Para mayores precisiones sobre los delitos especiales y su clasificación, Vid. infra Pág. 21 y nota nº 30.

cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y existen además otros cuerpos legales especiales que hacen lo mismo, como nuestro Código de Justicia Militar, que en sus libros III y IV se ocupa de la tipificación de los delitos militares (que son los que cometen los funcionarios públicos llamados militares). Frente a esta doble regulación de la conducta de los funcionarios públicos (penal y disciplinaria) es que a veces los límites de uno y otro tipo de responsabilidad no aparecen claros. Pueden estar en principio claros para los textos legales y reglamentarios, que regulan una y otra por separado, pero no así para la doctrina cuando es crítica de los mismos.

Frente a ello es que se hace preciso encontrar un criterio que permita distinguir teóricamente la infracción disciplinaria del delito. La doctrina se ha encargado de ello y ha intentado fijar la naturaleza de la infracción disciplinaria por la vía de su comparación con el delito. A partir de esa labor han surgido dos criterios de delimitación: uno cualitativo y otro cuantitativo. Para el cualitativo la infracción disciplinaria tiene una naturaleza distinta del delito, del injusto penal. Distintas tesis se han esbozado desde este sector, pero las más salientes son dos. Una es la de James Goldschmidt, quien señala que el injusto administrativo protege sólo intereses administrativos y no bienes jurídicos auténticos<sup>14</sup>. La infracción disciplinaria atentaría solamente contra el buen funcionamiento de la institución estatal de que se trate, sin comprometer bien jurídico alguno. Otros, dentro de este criterio, como Maurach, afirman la diferente naturaleza de las infracciones en que el ilícito disciplinario o administrativo sería más bien *formal*, pues supone simplemente la infracción de una disposición normativa (ni siquiera la afcción concreta de un interés institucional); en tanto que el ilícito penal tendría siempre carácter *material*, pues ataca a algún bien jurídico.<sup>15</sup>

Para el criterio cuantitativo, en cambio, la diferencia entre el ilícito penal y el disciplinario estaría dada por la diferente magnitud o gravedad del atentado, que afectaría, en uno y otro caso, al mismo bien jurídico. Entre nosotros sigue esta postura Cury, para quien “El administrativo no es sino un injusto de significación ético-social reducida, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones leves...”<sup>16</sup> “...cuando se lo preserva (al orden interno de la organización) mediante la amenaza de una pena disciplinaria, el bien jurídico de protección existe, aunque aparezca hasta cierto punto difuminado tras un supuesto interés de tutelar la lealtad funcionaria por sí misma (...) Que la lesión del bien jurídico resulte poco “ostentosa” no significa que no exista, sino, precisamente, que a causa de su *escasa magnitud* es poco visible.”<sup>17</sup>

La doctrina, fundamentalmente extranjera, ha venido prefiriendo el criterio cuantitativo para la fijación de la diferencia entre ambos tipos de ilícitos; se trataría de infracciones no esencialmente diferentes, sino más o menos graves, acompañadas, a su

---

<sup>14</sup> Véase Cury, op. cit., pág. 74.

<sup>15</sup> Véase Villalón Aguirre, Matías, “Rescatando al Régimen Disciplinario Militar”, en “Hacia una Reforma de la Justicia Militar”, pág. 207.

<sup>16</sup> Op. cit., pág. 76.

<sup>17</sup> Idem, pág. 84 (el paréntesis es mío).

vez, de sanciones más o menos graves.

Tradicionalmente se ha entendido que la adopción de uno u otro criterio apareja importantes consecuencias, que se referirían básicamente a la irradiación o no de los principios garantistas del derecho penal al derecho disciplinario. Así, se ha dicho que si se opta por un criterio cuantitativo tal irradiación debiera producirse, porque estaríamos ante injustos de la misma naturaleza, y por ejemplo en materia disciplinaria tendría plena vigencia el principio de tipicidad, existiría la exigencia de culpabilidad para la sanción del infractor; tendría aplicación el principio de *non bis in idem*, lo que impediría que un mismo hecho fuera objeto de un juzgamiento disciplinario y penal. Del mismo modo, el procedimiento sancionatorio disciplinario también debiera recoger los principios garantistas del orden procesal penal, como el derecho a defensa, a tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, etc.

Si se opta, en cambio, por un criterio cualitativo, tal irradiación no se produciría, atendida la distinta naturaleza de los injustos. Así, no obligaría el principio de tipicidad y se permitiría fórmulas amplias para la descripción de las infracciones disciplinarias; se diluiría la exigencia de culpabilidad, admitiéndose un sistema de responsabilidad objetiva; no correría el principio de *non bis in idem* para el caso en que un mismo hecho llenara los extremos de un tipo disciplinario y penal, y por lo tanto sería admisible el juzgamiento y sanción en ambas sedes. De otra parte, tampoco regiría el abanico de garantías conquistado para el procedimiento penal.

No se optará, en esta parte, por uno u otro criterio. Esta misma discusión se plantea cuando se habla del delito militar y la infracción disciplinaria militar, ocasión en la que se hará una toma de partido.

## Capítulo II. Delito militar e infracción disciplinaria militar

Establecidas las nociones generales de delito e infracción disciplinaria, en esta parte nos referiremos a una clase especial de uno y otra: delito militar e infracción disciplinaria militar. Al mundo militar es aplicable un conjunto de normas jurídicas propias, especiales, de distinta jerarquía y carácter, que conforman lo que pudiera llamarse el *ordenamiento jurídico militar*<sup>18</sup>. Tales normas van desde órdenes superiores de carácter general, reglamentos y leyes, hasta normas constitucionales; y tienen carácter administrativo, disciplinario propiamente tal, técnico y penal. Se ha entendido necesario dotar al cuerpo armado de este ordenamiento jurídico especial dada la particular naturaleza que tiene, su compleja organización y la capital misión que se le ha asignado, que no es otra que la defensa de la seguridad exterior de la nación. Del conjunto de normas que hemos señalado las que interesan a los fines de este trabajo son las normas penales militares y las disciplinarias militares. Entre nosotros las primeras se encuentran en el Código de Justicia Militar (en adelante CJM), vigente desde el año 1926; las segundas, en los reglamentos de disciplina de las Fuerzas Armadas<sup>19</sup>. Las primeras se ocupan de la

<sup>18</sup> Astrosa Sotomayor, Renato, "Jurisdicción Penal Militar", Pág. 7.

<sup>19</sup> Esta investigación se centrará precisamente en el denominado Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, aplicable al Ejército y a la Fuerza Aérea y vigente desde 1951. No se estudiarán los reglamentos de disciplina de la Armada ni de Carabineros de Chile.

tipificación y sanción de las conductas consideradas delitos militares; las segundas, de la regulación de la disciplina militar, estableciendo las conductas atentatorias contra ella (infracciones disciplinarias militares).

Antes de entrar al estudio particular de los conceptos doctrinarios de delito militar e infracción disciplinaria militar, objeto de este capítulo, nos referiremos a un concepto del que ya hemos dicho algo, pero del que conviene dar mayor detalle, pues se encuentra en la base tanto del delito militar como de la infracción disciplinaria militar: la disciplina.

Ya nos referimos a la disciplina al hablar de la responsabilidad disciplinaria y de los grupos de relación en que esta responsabilidad se generaba (organizaciones que forman parte de la estructura estatal)<sup>20</sup>. En todos estos grupos de relación el concepto, digamos, genérico, de disciplina, es el mismo: “*observancia de leyes o reglamentos de la profesión o instituto*”<sup>21</sup>. Pero tratándose de las Fuerzas Armadas existe una “especialísima y reforzada noción...del concepto *disciplina*”<sup>22</sup>, lo que se concreta en el mayor rigor del régimen disciplinario que las regula<sup>23</sup>. Sabido es que, en el medio militar, la disciplina constituye el valor de los valores, lo que tiene pleno sentido atendida la vital labor de defensa que se encomienda a las Fuerzas Armadas, labor cuya eficacia se incrementa si se cuenta con un cuerpo armado honorable, leal, obediente, probo, puntual, etc.; en suma, disciplinado. Pudiera pensarse adecuado asignar tal importancia a la disciplina militar en los tiempos de guerra únicamente, tiempos en los que precisamente se pone a prueba la eficacia de las Fuerzas Armadas al servicio de la defensa de la patria, requiriéndose de un cuerpo cohesionado que opere con la precisión de un reloj; pero lo cierto es que igualmente en tiempos de paz la disciplina es fundamental, pues el tiempo de paz no es sino un tiempo de preparación para la guerra, que exige la disponibilidad inmediata de este mismo cuerpo cohesionado y preciso en el actuar.

En materia de disciplina militar es necesario hacer un distingo entre dos nociones que existen de ella, una restringida o estricta y otra amplia. En un sentido amplio la disciplina militar es “el conjunto de deberes especiales que impone al militar su permanencia en el Ejército”<sup>24</sup>. En sentido estricto constituye “el conjunto de deberes que dimanen del vínculo de subordinación jerárquica que les une (a los militares en relación de superior a subordinado)”<sup>25</sup>. Así, en sentido estricto la disciplina militar se relaciona única y exclusivamente con el cumplimiento de deberes relativos a la subordinación jerárquica y la obediencia; en cambio en sentido amplio se identifica con el conjunto de

<sup>20</sup> Vid. supra, pág. 4.

<sup>21</sup> Vid. supra, pág. 3.

<sup>22</sup> Nevado Moreno, Pedro, “La función Pública Militar”, Editorial Marcial Pons, 1977, pág. 273.

<sup>23</sup> Así, nuestro RDFA, por ejemplo, contempla en el art. 49, dentro de los castigos disciplinarios aplicables, el de arresto militar, que puede extenderse hasta por dos meses, y el de retiro de la institución militar.

<sup>24</sup> de Querol y Lombardero, José Francisco, Revista Española de Derecho Militar, número julio-diciembre, 1995, pág. 40.

<sup>25</sup> Idem. El paréntesis es mío.

deberes que apareja la condición militar, como lo señala Almirante en su diccionario militar, para quien *disciplina militar*, en este sentido, es “la completa instrucción de todo lo que deba practicar la tropa y el puntual y riguroso cumplimiento de *todos los deberes militares*”<sup>26</sup>. Constituyen, por ejemplo, infracciones disciplinarias en sentido restringido “*faltar el respeto a un superior*” (art. 76 n° 10 RDFA), “*no cumplir una orden superior relativa a asuntos del servicio*” (art. 76 n° 12 RDFA), “*esquivar el saludo al superior*” (art. 76 n° 8 RDFA), etc. En sentido amplio, en cambio, encontramos, por ejemplo, atentados contra la probidad (“*sustraerse al servicio con enfermedades o males supuestos*”; art. 76 n° 4 RDFA), contra la lealtad (“*mentira al superior en asuntos del servicio*”; art. 76 n° 11 RDFA), contra el honor (“*reprender al subalterno en términos indecorosos u ofensivos o vejarlo en alguna forma*”; art. 76 n° 16 RDFA), contra el orden (“*usar prendas de uniforme que no sean reglamentarias o usarlas desaseadas, con desperfectos, incompletas o en desorden*”; art. 76 n° 1 RDFA), etc.

Decíamos que el concepto de disciplina militar tenía interés por cuanto se encontraba en la base tanto del delito militar como de la infracción disciplinaria militar. Así es. Tratándose de estas últimas, en efecto, y como viéramos en los ejemplos recién expuestos, su contenido está dado por el ataque a la disciplina, ya en un sentido restringido o amplio. Ahí se agota el disvalor de la infracción<sup>27</sup>. Si hablamos de delitos militares también encontramos a la disciplina como valor o interés atacado, en uno u otro sentido, pero lo que ocurre es que el injusto no se agota en el atentado del puro deber militar, sino que, y como requisito de todo delito, importa además el atentado significativo de un bien jurídico (principio de lesividad), como se verá.

## Delito militar

Corresponde en esta parte referirse al concepto doctrinario de delito militar. Para comenzar, si hablamos de delito militar, estamos hablando de una especie particular de *delito*. Estamos en presencia, por tanto, de una conducta (activa u omisiva) típica, antijurídica y culpable, pero que presenta ciertas notas particulares que determinan su tratamiento legislativo especial y, en muchos países, el sometimiento del juzgamiento de la misma a tribunales especiales (como ocurre entre nosotros). ¿Qué notas particulares presentan los delitos militares? En primer lugar, el hecho de que sólo pueden ser cometidos por militares. Se trata, entonces, de delitos especiales. En éstos “se limita el ámbito de los posibles autores a un grupo especial de personas sobre las cuales pesan deberes u obligaciones cuyo adecuado cumplimiento la sociedad tiene particular interés en mantener, tal ocurre en el caso de los magistrados y de los funcionarios públicos, como también respecto a determinados profesionales”.<sup>28</sup> Y el delito especial se comete, precisamente, a través de la infracción de este deber especial. Tratándose de los delitos

---

<sup>26</sup> Almirante, Diccionario Militar (citado por de Querol y Lombardero, José Francisco, op cit., pág. 41).

<sup>27</sup> Al menos en principio, pues como se verá más adelante (vid infra pág. 41), para un sector doctrinario la infracción disciplinaria militar igualmente puede importar la afeción del bien jurídico militar, aunque en términos no significativos.

militares, ellos se cometen por militares mediante la infracción de deberes militares, requiriéndose además, por supuesto, de la afcción de un bien jurídico (militar). El bien jurídico se afecta por medio de la infracción del deber específico. Esto es lo que señalábamos un párrafo más arriba al decir que la disciplina (entendida como deber militar restringido o amplio) se encontraba en la base del delito militar. No se crea con ello que los bienes jurídicos militares (de los que hablaremos después) sólo pueden afectarse por medio de la infracción de un deber militar, ni se crea tampoco que sólo pueden ser afectados por militares. Si son afectados por militares, y se afectan mediante la infracción de un deber militar, tendremos un delito militar. También podrán afectarse por militares sin que medie infracción de deberes militares, lo que ocurrirá en ciertos casos en que simplemente no hay un deber militar específico infringido, pero igualmente se lesiona el bien jurídico militar (aquí, en verdad el militar actúa como un civil). En estos casos no habrá delito militar porque no habrá infracción de deber militar, sin perjuicio de que se podrá agravar la sanción del militar, como se verá con más detalle después.<sup>29</sup> Pero pueden también ser afectados por civiles, caso en el cual lógicamente ningún deber militar habrán infringido (porque los civiles no tienen deberes militares) y ningún delito militar habrán cometido. Así, un civil afectará un bien jurídico militar si por ejemplo se apropia de armamento militar o falsifica un documento militar, pero no se considerará autor de delito militar alguno, sino de hurto y falsificación de instrumento público, respectivamente.<sup>30</sup> Bien lo dicen Zaffaroni y Cavallero, al señalar que “el deber jurídico de no lesionar bienes jurídicos militares no puede confundirse con el deber jurídico militar, que únicamente corresponde a los militares”.<sup>31</sup>

Es una cuestión tranquila en la doctrina el hecho de que el delito militar se caracteriza por la calidad militar del sujeto activo, que infringe un deber militar. Los autores recién citados señalan: “el delito militar ha menester tanto de la calidad del autor como del carácter castrense de los bienes o intereses protegidos. Si el delito militar entraña una violación al deber militar, no nos parece dudoso que la ley penal militar sólo puede dirigir su mandato, y exigir el cumplimiento del deber militar, a quien ostente ese carácter.”<sup>32</sup> Pietro di Vico señala que “La calidad militar del culpable es esencial al delito militar ya que él importa una violación de un deber militar.”<sup>33</sup> En el mismo sentido,

<sup>28</sup> Garrido Montt, op. cit., tomo II, pág. 255.

<sup>29</sup> Vid infra, pág. 55.

<sup>30</sup> Lo que se viene diciendo no es más que aplicación de las reglas generales sobre la teoría de los delitos especiales. En efecto, tales delitos pueden ser propios o impropios. En los propios existe un tipo único que sólo puede ser cometido por el sujeto calificado, como el militar que desobedece la orden del superior. En los impropios existe, además del tipo especial aplicable al sujeto activo calificado, un tipo común base, aplicable a cualquier persona (no calificada). Esto es lo que ocurre con el civil que hurta armamento militar.

<sup>31</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl y Cavallero, Ricardo Juan, “Derecho Penal Militar”, pág. 28.

<sup>32</sup> Idem, pág. 200.

<sup>33</sup> di Vico, Pietro, “Diritto Penale Militare”, pág. 112 (citado por Astrosa Sotomayor, Renato, op. cit., pág. 70).

Astrosa Herrera, quien asegura que “para la mayoría de las legislaciones extranjeras, por lo menos en tiempo de paz, y para la mayoría de los tratadistas, sólo pueden incurrir en delito militar los militares, porque en el delito militar debe haber una violación de los deberes del oficio.”<sup>34</sup>

La otra nota particular del delito militar está dada por la naturaleza militar del hecho. ¿Qué significa que el hecho (que constituye el delito militar) tenga naturaleza militar? Significa, a mi juicio, que atenta contra un bien jurídico militar. La doctrina no siempre lo ha dejado así de manifiesto y a veces ha pasado por alto la noción de bien jurídico (indispensable en todo delito) y se ha conformado con la sola categoría de *deber militar* o *interés militar involucrado* para categorizar a una conducta como delito militar. En ese sentido se ha manifestado Vico, quien señala que “La calidad militar del hecho resulta de la índole militar del deber violado”<sup>35</sup> (olvidando que las infracciones disciplinarias, distintas de los delitos militares, también involucran la violación de un deber de naturaleza militar); o Ciardi, para quien “el delito militar se caracteriza por la calidad militar del culpable y la naturaleza del deber violado, el que puede ser exclusivamente militar o tener a la vez un carácter común militar. No basta la calidad militar del culpable, sino que, también, el hecho debe ser lesivo al interés militar.”<sup>36</sup> Como se ve, Ciardi caracteriza al delito militar por la naturaleza militar del deber violado y luego por la lesión al interés militar, lo que no nos ayuda en la delimitación precisa del concepto de delito militar, ya que en la falta disciplinaria militar también hay una infracción del deber militar y una afeción de los intereses castrenses.

Decía, entonces, que el que el hecho delictivo tenga naturaleza militar significa que atenta contra un bien jurídico de carácter militar, atentado que se produce a partir de la infracción de un deber militar. ¿Cuál será el bien jurídico protegido en el delito militar? De momento sólo sabemos que constituye un interés que va más allá de la disciplina o de los deberes militares particulares. Actualmente la generalidad de la doctrina está de acuerdo en eso. Mera nos dice que “debe tratarse de un valor verdaderamente vital, de carácter universal, en cuya preservación se encuentre interesada toda la sociedad y que no corresponda sólo a los intereses institucionales de las Fuerzas Armadas, susceptibles de protegerse eficazmente mediante las correspondientes sanciones disciplinarias”<sup>37</sup>. Por su parte, Horvitz señala que “La disciplina, como tal, no tiene entidad suficiente para erigirse en objeto de protección penal. La necesidad de pena surge únicamente cuando la conducta humana resulta lesiva para bienes jurídicos...”<sup>38</sup> Del mismo modo, Zaffaroni y Cavallero, para quienes “No se trata...de la disciplina como único bien jurídico protegido (con toda la importancia que desempeña para los ejércitos) sino mucho más allá de ésta, trátase de la eficacia de las fuerzas armadas al servicio de la seguridad del Estado...”<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Astrosa Herrera, Renato, “Código de Justicia Militar Comentado”, pág. 29.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Ciardi, Giuseppe, “Instituzione di Diritto Penale Militare”, p. 139. (Citado por Astrosa Sotomayor, Renato, op. cit., pág. 71).

<sup>37</sup> Mera Figueroa, Jorge, “La Parte Especial del Derecho Penal Militar Chileno”, en “Hacia una Reforma de la Justicia Militar”, pág. 14.

Entiende, entonces, la doctrina actual, que para el resguardo de la disciplina, de los deberes militares, basta con el derecho disciplinario militar y no es necesario recurrir al derecho penal militar. Precisamente para eso está hecho el derecho disciplinario militar: para la regulación de la disciplina al interior del cuerpo armado y la sanción de las infracciones a la misma por el superior jerárquico del infractor.

Para determinar cuál es el bien jurídico militar, este valor vital, universal, cuya protección interesa a toda la sociedad, el punto de partida será estudiar cuál es la misión que corresponde a las Fuerzas Armadas (en un estado democrático), pues la función de las Fuerzas Armadas no es algo que interesa a la pura institución militar, sino que a todo el cuerpo social. Hay en la misión de las Fuerzas Armadas un interés universal, lo que nos da la pista de que detrás de ella se encuentra el bien jurídico que buscamos. Las Fuerzas Armadas están hechas para la guerra, y hasta tanto no se verifique una guerra su labor se circunscribe a la preparación para ésta. Hablamos de guerras con otros países, de la seguridad exterior de la nación. Ello ha sido así desde siempre. El cuerpo armado de la nación es el encargado de la protección de la misma frente a otras, de la cautela de su integridad territorial, de la defensa de su soberanía; y para realizar dicha labor dispone del instrumento esencial de la guerra: las armas, el poder bélico. Nuestra Constitución Política se refiere a la función de las Fuerzas Armadas en su artículo 90, dentro del capítulo referido a las “Fuerzas Armadas, De Orden y Seguridad Pública”. Dice que ellas (que están integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea) “ **existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República.**” Para despejar cualquier duda, debe entenderse que esta referencia a la seguridad nacional dice relación con la seguridad *exterior* de la nación. Así, el inciso siguiente del mismo artículo habla de la labor de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (Carabineros e Investigaciones), entre las cuales se menciona la de “*garantizar...la seguridad pública interior*”. A las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública se encomienda, pues, el resguardo de la seguridad interior, en tanto que a las Fuerzas Armadas el de la exterior. Y ellas son *esenciales* en tal misión, lo mismo que *existen* para la defensa de la patria. La otra función que les asigna el texto constitucional es la de garantizar el orden institucional de la República, labor que deben realizar conjuntamente con Carabineros. Esta labor es una de carácter secundario (como se desprende del propio tenor de la norma) y, afirma la doctrina, no esencial a las Fuerzas Armadas. Así, Silva Bascuñán nos dice: “Las Fuerzas Armadas existen, sin duda, para la defensa y son esenciales para la seguridad nacional, pero no nos parece un acierto de la Constitución –que recogió en este punto lo que propusiera el Señor Diez (...)-, haber extendido la finalidad de las Fuerzas Armadas a convertirlas en órganos que *‘garantizan el orden institucional de la República’*. (...) En los días que corren se afirma la conveniencia de eliminar de la Carta la frase objetada (...), llevando el concepto al párrafo inicial de las bases fundamentales para incluirlo como deber de todos los órganos del

<sup>38</sup> Horvitz, María Inés, “La Justicia Militar: Justificación, Competencia y Organización en el Derecho Comparado. Los Principios de Independencia e Imparcialidad en la Organización de los Tribunales Militares Chilenos”, en “Justicia Militar y Estado de Derecho”, pág. 102.

<sup>39</sup> Zaffaroni y Cavallero, op. cit., págs. 46 y 47.

Estado y no particular y específicamente de las Fuerzas Armadas.”<sup>40</sup>

En el mismo sentido, Verdugo, Pfeffer y Nogueira: “Se sostiene que cuando han fallado todos los demás recursos y mecanismos constitucionales, la defensa del orden institucional queda entregada en último término a las Fuerzas Armadas y a Carabineros... El orden Institucional de la República lo garantizan todas las instituciones consignadas en la Constitución: Presidente de la República, Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, tribunales de justicia, Contraloría General de la República, entre otras instituciones.”<sup>41</sup>

Esta parte del texto constitucional podría explicarse, como señala Horvitz<sup>42</sup>, por su origen autoritario. Ello haría explicable el que se instale a las Fuerzas Armadas (junto con Carabineros) como garantes de la institucionalidad de la República (como garantes del correcto funcionamiento de sus instituciones), lo que no hace sino decirnos que para el texto constitucional son las Fuerzas Armadas y de Orden a las que corresponde definir este correcto orden institucional. Ello, sin embargo, es inaceptable instalada ya la democracia, y el texto constitucional en esta parte debe interpretarse como la doctrina constitucional lo hace: relegando esta labor de garantía de la institucionalidad a un plano secundario, compartido con los demás órganos del Estado. Se trata, por lo tanto, de una labor que no tiene que ver con la misión esencial del cuerpo armado en tanto ente profesional especializado en la defensa exterior de la nación, y por ello entendemos que no es una misión relevante para la búsqueda de un posible bien jurídico de protección.

Si la labor esencial de las Fuerzas Armadas, entonces, es la de defensa de la seguridad exterior, podríamos concluir que los delitos militares atentan contra la seguridad exterior de la nación, y ése sería, por lo tanto, el bien jurídico protegido tratándose de estos delitos. Sin embargo no hay que ser tan presurosos. La doctrina coincide en comenzar la búsqueda del bien jurídico protegido en los delitos militares a partir del estudio de la misión de las Fuerzas Armadas. Desde ese análisis se llega al concepto de seguridad exterior, pero a partir de ahí se presentan diferencias en la determinación del bien jurídico militar, que en definitiva pueden ser más terminológicas que de otra índole.

Antes de entrar al estudio de alguna doctrina se hará una breve referencia a un delito militar paradigmático para aterrizar un poco las reflexiones que se hagan más adelante. Delito militar paradigmático es el de motín, que consiste en un ataque colectivo (de varias personas) a la disciplina militar, mediante la infracción del deber de obediencia o de respeto por parte de los subordinados, que se concreta en la resistencia o negativa a cumplir las órdenes de los superiores o los deberes militares; o en hacer reclamaciones o peticiones irrespetuosas o en tumulto. Entre nosotros se encuentra regulado en el artículo 272 del C.J.M., como un delito contra el orden y la seguridad del Ejército. Dice este artículo en su inciso 1º: “*Los militares que en número de cuatro o más rehúsen obedecer a sus superiores, hagan reclamaciones o peticiones irrespetuosas o en tumulto, o se*

---

<sup>40</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo IX, págs. 266 y ss.

<sup>41</sup> Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio, Nogueira Alcalá, Humberto, “Derecho Constitucional”, tomo II, pág. 157.

<sup>42</sup> Vid. Infra, pág. 29, nota nº 49.

*resistan a cumplir con sus deberes militares, serán castigados como responsables de sedición o motín.”* Se trata de un delito militar propiamente tal, que necesariamente es cometido por militares, mediante la infracción del deber de obediencia o de respeto, tanto en tiempos de paz como de guerra. ¿Atenta el motín (y los delitos militares en general) contra la seguridad exterior de la nación? ¿Es éste el bien jurídico militar? Veamos qué nos dice la doctrina consultada en este punto (que en su mayoría es nacional).

Jorge Mera es de la idea que la seguridad exterior de la nación es el bien jurídico genérico protegido en los delitos militares, pero que se requerirá de una mayor precisión en la determinación del bien jurídico militar (específico, digamos), ya que la normativa penal común (Código Penal y Ley de Seguridad del Estado) ya contempla delitos contra la seguridad exterior, que pueden ser cometidos por cualquier persona. Precisando, señala el autor que “Como lo ha destacado la doctrina anglosajona, el bien jurídico protegido en los delitos militares es la **eficacia** de las instituciones armadas como organismos de combate técnicos-profesionales especializados en la protección de la seguridad exterior.”<sup>43</sup> De otro lado, no cualquier ataque a este bien jurídico constituirá un delito militar, sino los ataques que se realicen por medio de la infracción de deberes militares y que lo afecten significativamente, dado el carácter de última ratio del derecho penal. Señala el autor que en algunos delitos la afectación real de esta eficacia es evidente, como cuando se malogran las operaciones de guerra de las propias fuerzas (caso que podría corresponder a uno de motín en tiempo de guerra en que un grupo de soldados se resiste a atacar al enemigo y de ello se sigue el fracaso en la ocupación de una fortaleza); en cambio, en otros casos, la determinación de si tal afectación se ha producido o no resultaría muy compleja, como en los supuestos de tiempos de paz. Piénsese nuevamente en el motín, ahora en un caso en que un grupo de soldados en un entrenamiento se niega a practicar una simulación de batalla frente al enemigo supuesto, o que se niega a caminar 20 kilómetros. En estos casos aparece mucho menos claro que se haya podido afectar la eficacia del cuerpo armado como organismo de combate especializado en la protección de la seguridad exterior. Lo que ocurre es que la eficacia en tiempo de paz debe ser mirada en otro sentido: será eficaz el cuerpo armado en tiempo de paz en la medida en que se encuentre *permanentemente preparado* para prestar una defensa eficaz al país en caso de conflicto armado. Su potencial bélico, sus recursos humanos y materiales, dice Mera, deben ser los adecuados, y por lo tanto, si se verifica una conducta que reúna las condiciones generales del delito militar y que ataque el potencial bélico del cuerpo armado, sus recursos humanos o materiales, en términos de no hacerlos adecuados, habrá delito militar si el ataque es significativo.<sup>44</sup>

Los autores Zaffaroni y Cavallero tienen una posición similar a la anterior. Como adelantáramos más atrás<sup>45</sup> para ellos “No se trata...de la disciplina como único bien jurídico protegido (con toda la importancia que desempeña para los ejércitos) sino mucho más allá de ésta, trátase de la **eficacia** de las fuerzas armadas al servicio de la seguridad

<sup>43</sup> Mera, Jorge, op. cit., pág. 14.

<sup>44</sup> Véase Mera, Jorge, op. cit., pág. 15 y ss.

<sup>45</sup> Vid supra, pág. 23.

del Estado...”<sup>46</sup> Para ellos esta eficacia se pone a prueba tanto en tiempos de guerra como de paz. Al respecto: “La *ratio essendi* del derecho penal militar ordinario es la necesidad de erigir y sostener un cuerpo técnico, que en tiempo de paz tiene carácter preventivo, frente a la amenaza de una situación de necesidad enorme –la guerra-, y en tiempo de guerra asume un carácter defensivo frente a la actualización de esa necesidad (...) de esas mismas características se deriva la necesidad de que ese cuerpo responda a una organización disciplinada y ordenada, donde surgen deberes cuya violación es delictiva, debido al detrimento que es susceptible de sufrir la eficacia del cuerpo.”<sup>47</sup> La eficacia del cuerpo armado, entonces, puede ser atacada tanto cuando éste realiza una labor defensiva concreta (tiempo de guerra) o una labor preventiva, de preparación (tiempo de paz).

Para María Inés Horvitz, en tanto, la tutela de la seguridad exterior no corresponde exclusivamente a los Ejércitos, sino a la sociedad en su conjunto, y por ello, dice la autora, es que se contemplan tipos comunes (protectores de la seguridad exterior) en los códigos penales generales con sujeto activo indeterminado (es decir, susceptibles de cometerse por cualquier persona), “previéndose, cuando más, cláusulas agravatorias de responsabilidad criminal cuando el sujeto activo es militar.”<sup>48</sup> A partir de ello es que no sería posible plantearse a la seguridad exterior del Estado como objeto de protección propio del derecho penal militar.<sup>49</sup>

En cambio, dice Horvitz, los Ejércitos sí tienen una tarea que se les encomienda exclusiva y excluyentemente, que es “la defensa de la integridad del territorio nacional en caso de conflagración bélica y la seguridad de los usos y convenios de la guerra.”<sup>50</sup> El bien jurídico militar sería entonces la “**defensa nacional y prevención de la amenaza de guerra**”<sup>51</sup> y los otros bienes jurídicos tradicionalmente vinculados al derecho penal militar (seguridad exterior e interior) debieran quedar bajo la órbita del derecho penal común. A partir de esta noción de bien jurídico militar, da la impresión que para la autora el derecho penal militar está mucho más vinculado con la guerra que con el tiempo de paz. Incluso

<sup>46</sup> Op. cit., págs. 46 y 47.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Horvitz, María Inés, op. cit., pág. 105.

<sup>49</sup> La autora también descarta a la seguridad interior como objeto de protección propio del derecho penal militar. Y lo hace a partir de la declaración de nuestro texto constitucional, que al decir que es misión de la Fuerzas Armadas “garantizar el orden institucional de la República” haría pensar en una labor de resguardo de la seguridad interior como propia de las Fuerzas Armadas, según la autora. Señala que el texto constitucional se explica por su origen autoritario y por los esfuerzos del régimen militar en configurar una “democracia protegida”, cuyos garantes serían las Fuerzas Armadas. Insiste en que la tutela de la seguridad interior no corresponde a las Fuerzas Armadas, sino a la sociedad en su conjunto, y que se trata de un interés atacable por sujeto activo indeterminado (y no por sujeto activo militar).

<sup>50</sup> Horvitz, María Inés, op. cit., pág. 105.

<sup>51</sup> Idem, pág. 106.

da pie para pensar que para ella este derecho es (debiera ser) exclusivo del tiempo de guerra. Difícil parece pensar que el ejemplo de motín en tiempo de paz que diéramos más atrás (grupo de soldados que se niega a caminar 20 kilómetros) pudiera atentarse contra la defensa nacional o contra la prevención de una amenaza de guerra. Quizás pudiera hacerse a partir de una noción amplia de *defensa nacional*, pero a mi juicio este es un concepto que importa una idea de inminencia o actualización de la guerra. Para qué hablar de la idea de *prevención de la amenaza de guerra*.

Jaime Couso es otro autor que, entre nosotros, se ha ocupado de la materia. Para él tampoco la protección de la seguridad exterior es una labor que corresponda exclusivamente a las Fuerzas Armadas. Señala que ella se protege y promueve a través de distintas vías, como el desarrollo de las relaciones internacionales, la diplomacia, la participación en organizaciones internacionales, la celebración de tratados internacionales, etc. Una de las vías para ello es “el sostenimiento de las Fuerzas Armadas con capacidad de defensa frente a eventuales agresiones externas.”<sup>52</sup> Pero, dice Couso, la agresión externa en sí (el atentado a la seguridad exterior) no es un atentado contra las Fuerzas Armadas ni contra sus funciones básicas. “Quien ataca al objeto de protección (seguridad exterior) no ataca directamente al instrumento (uno de ellos) que protege dicho objeto. Salvo que precisamente el medio escogido para atentarse contra la seguridad exterior pase por una disminución del potencial bélico de las Fuerzas Armadas...”<sup>53</sup> Ese es el bien jurídico militar para Couso: el **potencial bélico** de las Fuerzas Armadas, que puede ser afectado tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz. El autor sigue la teoría personalista del bien jurídico, que básicamente postula que “la protección penal de funciones o instituciones supraindividuales (esto es, la protección de bienes jurídicos colectivos) sólo está justificada en la medida que sea necesaria para la protección de bienes jurídicos individuales.”<sup>54</sup> Por lo tanto para esta teoría lo crucial es que tras la protección penal se encuentre un bien jurídico individual. Así, cuando se trata de bienes jurídicos colectivos (aquellos que entendemos como bienes vitales de la comunidad, más allá del individuo)<sup>55</sup> esta teoría analiza si el ataque, en definitiva, importa la afcción de un bien jurídico individual. De acuerdo a lo anterior, Couso señala que “es evidente que en tiempo de guerra las conductas que lesionen su potencial bélico defensivo –como un motín al interior de la tropa– pueden poner en riesgo la integridad física, la libertad personal y las libertades públicas, así como la autonomía política de los individuos de la sociedad a la que tales fuerzas sirven.”<sup>56</sup> En suma, los ataques al potencial bélico del cuerpo armado en tiempo de guerra pueden poner en

<sup>52</sup> Couso Salas, Jaime, “Competencia de la Justicia Militar. Una Perspectiva Político-Criminal”, en “Hacia una Reforma de la Justicia Militar”, pág. 119.

<sup>53</sup> Idem. (el primer paréntesis es mío).

<sup>54</sup> Ibidem, pág. 116 (el paréntesis es mío).

<sup>55</sup> El bien jurídico militar, sea cual sea, todos están de acuerdo en que es un bien jurídico colectivo.

<sup>56</sup> Ibidem., pág. 124.

riesgo los bienes jurídicos individuales, y por lo tanto tenemos ahí delitos militares punibles. “En tiempo de paz, también es posible lesionar el potencial bélico de las Fuerzas Armadas. Lo que ocurre es que esa lesión, a falta de conflicto armado, no pone concretamente en peligro la vida, integridad física, la libertad, etc., de los miembros de la sociedad. Pero el conflicto podría declararse la semana siguiente...”<sup>57</sup> Para Couso este atentado contra el potencial bélico en tiempo de paz que no se concreta en un peligro concreto (sino abstracto) para los bienes jurídicos individuales, puede ser suficiente fundamento de incriminación, siempre que se trate de un peligro grave.

Corresponde ahora dar una opinión personal sobre el asunto, sobre la noción de bien jurídico militar. Ya hay algunos puntos claros, como que el bien jurídico militar es algo más que la disciplina militar (como deber específico o cúmulo de deberes). En efecto, el sólo ataque a la disciplina, a los deberes militares, interesa a la sola institución castrense, no es un interés universal, que importe a toda la sociedad. Lo anterior sin perjuicio de que el bien jurídico militar se atacará precisamente a través de la infracción de un deber militar. En tal caso la infracción del deber no se quedará en la sola infracción del deber, sino que irá más allá; afectará, en efecto, un interés universal: el bien jurídico militar.

También quedó claro que las Fuerzas Armadas están hechas para la guerra: en tiempos de guerra van a la guerra y en tiempos de paz se preparan para la guerra. Su labor, entonces, está esencialmente vinculada a la protección de la seguridad exterior. Quedó claro, sin embargo, que la seguridad exterior conviene no considerarla como bien jurídico militar. La seguridad exterior es un bien jurídico más amplio que el militar, susceptible de atacarse por cualquier persona (sin exigencia de sujeto activo determinado); el delito que lesiona la seguridad exterior, en suma, es un delito común. Si la seguridad exterior es una noción más amplia, si se encuentra más lejos, más allá de lo protegido directamente por los delitos militares, es preciso acercarse, *ponerse más acá*, buscar una noción más específica. Se puede pensar en una línea continua en cuyo extremo se encuentre la seguridad exterior. Para el logro de la seguridad exterior, como decía Couso, hay un abanico de instrumentos. Uno de ellos es el trabajo de las Fuerzas Armadas, a no dudarlo. El bien jurídico militar protegido hay que buscarlo en este trabajo y en los presupuestos para su adecuado desarrollo (trabajo y presupuestos que serían una de las condiciones, entre otras, para el logro de la seguridad exterior).

A mi juicio algo de esto es lo que plantea el artículo 1º de nuestra Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, nº 18.948. Su primer inciso nos dice quiénes integran las Fuerzas Armadas y cuáles son sus fines (los mismos prescritos por la norma constitucional que viéramos): *“Las Fuerzas Armadas, dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional, están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, constituyen los cuerpos armados que existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República.”* Su inciso segundo nos dice cuáles son las condiciones o presupuestos para que esos fines se cumplan: *“La consecución de los fines anteriores es permanente y descansa en un adecuado nivel de alistamiento del personal y del material y en el cumplimiento del juramento de servicio a la patria y defensa de sus valores*

---

<sup>57</sup> Ibidem., pág. 125.

*fundamentales.”*

En suma, en Chile, de *lege data*, los presupuestos para el logro de la seguridad exterior (en esta línea del abanico) están dados por la existencia de un personal y material militar adecuadamente alistados y por el cumplimiento por parte de los militares del juramento del servicio a la patria y defensa de sus valores fundamentales. Tenemos un primer presupuesto bastante concreto (personal y material alistado) y uno segundo de visos más románticos, pero que de igual modo tiene un sustrato concreto, vinculado al cumplimiento del deber.<sup>58</sup> Y esos son los presupuestos lógicos para el buen funcionamiento de cualquier cuerpo armado, tanto en la guerra como en la época de preparación para ella: contar con personal y material apto para la guerra, contar, en suma, con las condiciones adecuadas para que el cuerpo armado pueda ser eficaz, ya sea en una guerra actual (eficacia actual) o una potencial (eficacia potencial).

*Eficacia* se define como “Capacidad de lograr el efecto que se desea o espera.” El efecto que las Fuerzas Armadas esperan o desean es el de defensa de la patria, el de protección de la seguridad exterior. Para el logro de dicho efecto deben estar dadas las condiciones para su adecuado trabajo, deben ser capaces. Esta capacidad se pone a prueba fundamentalmente en la guerra. Si se ganan o se pierden las batallas (o viendo cómo se ganan y cómo se pierden) sabremos si el cuerpo armado estaba preparado o no, capacitado o no, si estaban dadas las condiciones para su adecuado funcionamiento o no. En la guerra el concepto de eficacia se actualiza: se fue eficaz si se logró el efecto; no se fue eficaz si no se lo logró.

En cambio, en el tiempo de paz la eficacia se aleja de tests de comprobación. Cuesta más aquí saber si un cuerpo armado es eficaz o no, si está capacitado para su trabajo de guerra o no, porque no habrá enemigos con los que medir fuerzas. E igualmente le exigiremos a las Fuerzas Armadas ser eficaces. ¿Por qué? Porque la consecución de sus fines (que son los de defensa nacional y protección de la seguridad exterior) es permanente, como lo dice el artículo 1º de la LOC de las Fuerzas Armadas, recién citado.

En el tiempo de paz, entonces, y dado que la labor de defensa de las Fuerzas Armadas es permanente, también ellas deben ser eficaces, también deben ser capaces de lograr el efecto de protección de la seguridad exterior. ¿Cómo saber si en los hechos son capaces? Hay ejercicios imaginables con tal fin, como simulaciones de batalla, ejercicios de destreza, pruebas de resistencia, etc. ¿Cómo saber si una conducta atenta efectivamente contra dicha capacidad, contra la eficacia del cuerpo armado en tiempo de paz? A mi juicio habrá que analizar cada situación en concreto (en las siguientes páginas explicaré el camino que debe seguirse para hacer esta evaluación).

Este, entiendo, que es el bien jurídico militar: la eficacia del cuerpo armado entendida como capacidad para lograr el efecto de protección de la seguridad exterior. Se trata de un bien jurídico autónomo, distinto de la seguridad exterior de la nación y que por sí

<sup>58</sup> El cumplimiento del deber, sin embargo, considero que se encuentra todavía antes que este otro presupuesto: para tener un personal alistado cada militar deberá haber cumplido sus deberes. O, lo que es lo mismo: presupuesto de la existencia de un personal alistado es que este personal cumpla sus deberes. Con ello se corrobora la idea de que el sólo cumplimiento del deber no es un valor digno de tutela penal (de tutela disciplinaria sí); la sola infracción del deber militar no es delito (infracción disciplinaria sí).

mismo es digno de protección penal. Afectará al bien jurídico militar toda conducta que lesione efectivamente o ponga en peligro esta capacidad, esta eficacia.

¿Cuán significativo habrá de ser el atentado al bien jurídico militar para entender que nos encontramos frente a un delito militar? Determinarlo es una tarea compleja. Es menos compleja la tarea si nos hacemos la pregunta en tiempo de guerra. ¿Dudaría alguien de que ha habido un atentado significativo a la eficacia del cuerpo armado si se le dice que el soldado Gutiérrez dejó de cumplir la orden del oficial Pérez y de ello se siguió el fracaso de las operaciones de guerra nacionales o el éxito de las del enemigo? ¿Cabría la duda, acaso, si ahora es el centinela Herrera quien abandona su puesto ante el enemigo; o el conscripto Pérez quien da un puñetazo a su comandante en el campo de batalla? No cabe duda que en estos casos se ha afectado significativamente la eficacia del cuerpo armado, se ha afectado su capacidad de desarrollar un exitoso trabajo de guerra.

En tiempo de paz, en cambio, se hace más complejo determinar si el ataque al bien jurídico ha sido significativo, o incluso, si en los hechos se lo ha atacado verdaderamente. Ayuda a tal complejización el que en tiempo de paz la eficacia del cuerpo armado tiene menos posibilidades de ponerse a prueba y el que el peligro se encuentra lejos. ¿Podría afirmarse ahora, con la misma seguridad con que se hiciera un párrafo atrás, que el soldado Gutiérrez afectó significativamente la eficacia el cuerpo armado al negarse a trepar una cuerda o trotar 20 kilómetros?, ¿o al abandonar el centinela Herrera su puesto 30 minutos en el regimiento un aburrido domingo de verano? Me parece que no puede hacerse con la misma seguridad.

Estimo que en la tarea de determinar si una conducta atenta en tiempo de paz contra la eficacia del cuerpo armado, y si lo hace significativamente, hay que seguir una serie de pasos. En primer lugar hay que recordar que todo delito militar encuentra en su base la infracción de un deber militar. Hay distintos deberes militares, unos más importantes que otros. Los más importantes son los de prestar el servicio militar, los deberes de los subordinados (obediencia, disciplina, respeto) y los de los superiores (ejercer el mando, mantener la disciplina, corregir a los subordinados). Estimo que los delitos militares encontrarán en su base la infracción de estos deberes militares, los más importantes, aquellos de los que de verdad puede decirse que su respeto es condición del normal funcionamiento del cuerpo armado, de su capacidad, de su eficacia. No importarán los delitos militares, por lo tanto, la infracción de otros deberes militares, menos importantes, como los de puntualidad, orden, decoro, neutralidad política, etc.

Dado este primer paso me parece que será de utilidad poner la vista en los sistemas de justicia militar de otros países, pues haciéndose esto podrá comprobarse que hay conductas que para todos los sistemas aparecen indubitadamente como delitos militares. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, con los delitos de motín y desertión.

Finalmente, con las conductas que resten y que siembren la duda acerca de su capacidad de atentar significativamente contra la eficacia del cuerpo armado, estimo que habrá que ponerse en el caso concreto y a partir de una mirada 'en terreno' que se haga de la conducta, hacer el juicio de la misma, resolviendo si ella afectó o tuvo posibilidades concretas de afectar el buen funcionamiento del cuerpo armado, o no lo hizo. Esta mirada

‘en terreno’ habrá de hacerla el juez cuando la conducta se haya cometido, pero, antes que eso, deberá hacerla el legislador al momento de tipificarla. Será éste quien deberá proporcionar criterios precisos que permitan determinar cuándo una conducta puede afectar al bien jurídico y cuándo no. En esta labor sería inestimable el apoyo que le pudieran brindar técnicos y profesionales del área militar, que son quienes con más propiedad pueden opinar sobre las potencialidades de riesgo para el bien jurídico militar de las conductas sospechosas de tal potencia. ¿Qué tipo de criterios podrían darnos pistas en la delimitación entre conductas significativamente atentatorias contra el bien jurídico militar en tiempo de paz y las que no lo son? Podrían hacerlo criterios como los de cometerse el delito en especiales circunstancias (por ejemplo cometerse el delito ante la tropa reunida, en acto de servicio de armas, en una operación militar, etc.) o como los de producir el delito o ser apto para producir determinados resultados (como daño o perjuicio del servicio, gran conmoción interior, relajamiento moral, desquiciamiento disciplinario, etc.), que nos hablen de un escenario en que sea verosímil el atentado real del bien jurídico militar.<sup>59</sup>

Finalmente, debe recordarse que siempre se debe tener en mira a los principios cardinales del derecho penal moderno en la tarea de la delimitación de las conductas que se considerarán delictivas. Ya se ha tomado en cuenta en esta parte el principio de lesividad, al exigir que la conducta atente contra el bien jurídico militar y lo haga significativamente. También habrá de considerarse el principio de fragmentariedad, recordando que el control penal, dada su gravedad, sólo debe utilizarse respecto de hechos muy determinados y específicos.<sup>60</sup> Del mismo modo, el principio de *ultima ratio*, que nos dice que el derecho penal debe ser la última herramienta a utilizar por el Estado como mecanismo de control, debiéndose preferir otras que sean idóneas y menos dañosas (como podría serlo en esta materia la vía disciplinaria). Por último, el principio de proporcionalidad, que exige que exista una proporción entre la sanción que se imponga y el injusto cometido.

Habíamos prometido dar un concepto de delito militar. Delito militar es un comportamiento, activo u omisivo, realizado por un militar mediante la infracción de específicos deberes militares, que importa la afección significativa de la eficacia de las Fuerzas Armadas.

## Infracción disciplinaria militar

Ahora analizaremos el concepto doctrinario de infracción disciplinaria militar. Podemos comenzar echando mano del concepto genérico de infracción disciplinaria que diéramos

<sup>59</sup> Sobre el tema de la definición del atentado al bien jurídico militar en tiempos de paz se volverá después, cuando se analicen los tipos penales de nuestro CJM (Capítulo III) y cuando se plantee una posición superadora a nuestro sistema normativo militar (Capítulo IV).

<sup>60</sup> Sobre el principio de fragmentariedad, vid supra, pág.11.

en otra parte <sup>61</sup>, extrapolándolo al ámbito militar. Así, diremos que la infracción disciplinaria militar es una infracción propia del cargo de militar, que supone el incumplimiento de deberes militares, sancionada con una pena específica por un órgano no judicial (militar) y a través de un procedimiento peculiar (disciplinario militar). La infracción disciplinaria militar, entonces, corresponde a un comportamiento llevado a cabo por el funcionario militar que atenta contra la disciplina militar, entendida ya en sentido estricto, como deber específico referido a la subordinación jerárquica y obediencia; o en un sentido amplio, comprensiva de los demás deberes militares. <sup>62</sup>

¿Y cuál es la finalidad del establecimiento de infracciones disciplinarias militares para su posterior sanción? Como dijéramos más arriba, mantener el orden interno de la institución militar y el desempeño de los funcionarios militares. <sup>63</sup> Precisamente para el mantenimiento del orden al interior de la institución militar es que se prescribe el cumplimiento de un cúmulo de deberes, cuya infracción es sancionada. En ocasiones, la infracción del deber ahí se quedará, en la sola infracción del deber, lo que atentará contra el orden interno de la institución militar y contra nada más. Tendremos ahí una infracción disciplinaria militar. En otras ocasiones, en cambio, la infracción de los mismos deberes militares, además de atentar contra el orden interno de la institución militar, comprometerá al bien jurídico militar, a la eficacia del cuerpo armado. En estos casos la infracción irá más allá de la pura infracción del deber, afectará un valor general, considerado vital por la sociedad. Estaremos en presencia de un delito militar. Serán imaginables, con todo, otros casos en que una infracción del deber militar afecte el bien jurídico militar, pero lo haga en términos no significativos, de modo que será aconsejable considerar tal conducta una simple infracción disciplinaria y no un delito. <sup>64</sup>

Es preciso preguntarse acerca de la naturaleza de la infracción disciplinaria militar. Esto es algo que la doctrina ha intentado responder (lo mismo que al preguntarse sobre la naturaleza de la infracción disciplinaria propiamente tal) por la vía de la comparación de la infracción disciplinaria militar con el delito militar, surgiendo nuevamente criterios diferenciadores entre ambos. Un sector de la doctrina opta por un criterio cualitativo, señalando que la infracción disciplinaria militar tiene una naturaleza distinta a la del delito militar. La diferencia estibaría en que siempre detrás del delito militar se encuentra un bien jurídico protegido, en cambio detrás de la infracción disciplinaria militar ningún bien jurídico se encuentra. En este punto, para unos, lo que hay detrás es la sola disposición normativa infringida. Para otros (los más) lo que hay detrás es un simple interés de la institución militar en la mantención del orden interno, un simple interés institucional que a la sola institución militar interesa.

Frente al criterio cualitativo está el cuantitativo, que afirma que entre la infracción

---

<sup>61</sup> Vid supra, pág. 11.

<sup>62</sup> Acerca de las nociones amplia y restringida de disciplina militar, Vid supra, pág. 18.

<sup>63</sup> Vid supra, pág. 6.

<sup>64</sup> Sobre estos últimos casos se volverá en la página siguiente.

disciplinaria militar y el delito militar sólo existe una diferencia de grado: un grado de afección distinto (menos o más intenso) al mismo bien jurídico militar. La infracción disciplinaria importaría una afección de poca intensidad a la eficacia de las Fuerzas Armadas, y por lo tanto merecería una sanción poco intensa (o menos intensa que en el caso de los delitos militares); el delito militar importaría una afección significativa al mismo bien jurídico, lo que lo haría acreedor de una sanción de mayor intensidad.

Ha surgido, finalmente, un tercer criterio, de carácter mixto, que combina elementos cualitativos y cuantitativos. Es el criterio que entre nosotros ha propuesto Mera<sup>65</sup> y que sostiene que el punto de partida será ver si la conducta de que se trata afecta al bien jurídico militar o si, por el contrario, sólo importa la infracción de una norma. Así, se parte desde una perspectiva cualitativa, reconociendo que la infracción de los deberes militares puede afectar al bien jurídico militar o no hacerlo. Dado este primer paso, entonces, nos encontraremos con conductas que podrán ser consideradas delitos militares, por afectar significativamente al bien jurídico militar, y habrá otras que deberán ser consideradas infracciones disciplinarias militares por importar solamente una infracción del deber militar. Pero, dice este criterio, todavía quedarán algunas conductas que irán más allá de la infracción del deber, afectando la eficacia de las Fuerzas Armadas, pero esta afección al bien jurídico será tan menor que, desde una perspectiva político-criminal, será aconsejable considerar a estas conductas como infracciones disciplinarias militares y no como delitos (a pesar de infringir el bien jurídico militar). A eso obliga el principio de *ultima ratio*, que señala que el derecho penal debe ser la última herramienta a utilizar por el Estado como mecanismo de control, únicamente cuando los demás han fallado. Del mismo modo, el principio de lesividad obliga a que para que pueda castigarse penalmente una conducta, primero se ataque un bien jurídico, y segundo, ese ataque sea significativo.

¿Qué decir de estos criterios? En primer lugar, parece difícil compartir el criterio cuantitativo, y con ello decir que las infracciones disciplinarias militares atentan contra el mismo objeto que los delitos militares, cuando se comparan unas y otra conductas. Nadie se extraña si se dice que el motín, la desertión o desobediencias graves atentan contra la eficacia de las Fuerzas Armadas, pero difícil parece sostener que atentan contra este mismo bien jurídico conductas como llevar el uniforme militar desordenado, esquivar el saludo al superior, conversar en la fila, aceptar regalos de los subalternos, etc. Se trata, en casos como estos, de conductas contra el orden interno de la institución militar que lo único que lesionan es la disciplina militar. Decir que tales conductas pueden comprometer, en alguna medida, la eficacia de las Fuerzas Armadas en su labor de defensa, me parece una exageración, un artificio. Me parece claro que en casos como éstos la infracción del deber se queda en la sola infracción del deber.

Entre nosotros una opinión distinta tiene María Inés Horvitz<sup>66</sup>, quien opta por este criterio cuantitativo. Dice que el objeto de protección del derecho disciplinario militar y el

---

<sup>65</sup> Véase Mera Figueroa, Jorge, “Razones Justificadoras y Ámbito de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempo de Paz”, en “Justicia Militar y Estado de Derecho”, págs. 53 y ss.

<sup>66</sup> Op. cit., págs. 107 y ss.

derecho penal militar es el mismo, relacionado con “la necesidad de contar con un cuerpo técnico disciplinado para enfrentar la amenaza o realidad de la guerra. La cuestión es dónde se pone el énfasis.”<sup>67</sup> Para la autora, tratándose del injusto disciplinario, el énfasis estaría puesto en la infracción del deber (pero de todos modos la infracción disciplinaria importaría una afección al bien jurídico militar); tratándose del injusto penal, en cambio, el énfasis se pondría en la afección o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico (incluyendo el injusto la infracción del deber militar). Horvitz señala que esta identidad del objeto de protección entre uno y otro ilícito se puede verificar claramente si se comparan los tipos penales militares y disciplinarios (ejemplifica con el sistema español y chileno). Así, en la tipificación chilena de las faltas disciplinarias, muchas de ellas se configuran a partir del respectivo delito militar, “utilizando la voz “*siempre que no constituya delito*”, lo que refleja claramente la identidad sustancial de lo protegido por ambas clases de infracciones.”<sup>68</sup> Se refiere Horvitz a casos como el siguiente: Artículo 76 n° 11 del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas (en adelante RDFA): “*Son faltas contra la disciplina, entre otras, las siguientes: 11) La mentira al superior en asuntos del servicio, siempre que no constituya delito.*”

Estimo que de esta técnica legislativa no puede deducirse la identidad sustancial de lo protegido por ambas infracciones. En efecto, la infracción disciplinaria se queda en eso, en una sola infracción de ese tipo, porque precisamente no afecta aquello que es protegido por el delito militar: el bien jurídico militar, que la autora denomina ‘defensa nacional’. Si el soldado es preguntado acerca del número de clavos que contiene una caja y miente, diciendo que 30 en vez de 40, atenta contra la disciplina militar y podrá ser sancionado por dicha mentira. Si el mismo soldado es preguntado sobre si ha avistado al enemigo en el horizonte y miente, señalando que no, en circunstancias de que sí, atenta contra la eficacia de las Fuerzas Armadas y podrá ser sancionado por el delito que ha cometido. Tenemos una primera mentira que no alcanza a constituir delito y que es sancionada por atentar contra la disciplina militar. Tenemos una segunda mentira que constituye delito por atentar, precisamente, contra la eficacia de las Fuerzas Armadas en su labor de guerra. ¿Podrá alguien decir que en uno y otro caso el objeto protegido es el mismo? Estimo que no.

Como viéramos más atrás, al hablar genéricamente de la infracción disciplinaria y los criterios diferenciadores entre ésta y el delito<sup>69</sup>, tradicionalmente se ha entendido que de la adopción de uno u otro criterio (cuantitativo o cualitativo) se siguen importantes consecuencias, fundamentalmente referidas a la irradiación o no en el campo disciplinario de los principios garantistas del derecho penal. Así, el criterio cuantitativo permitiría tal irradiación, al ser ambas clases de infracciones de la misma naturaleza. El criterio cualitativo, en cambio, no permitiría tal irradiación. Eso es lo que nos dice también Horvitz: “Esta conclusión (la referida a que existe una identidad sustancial de lo protegido por infracciones disciplinarias militares y penales militares) trae como necesaria

---

<sup>67</sup> Idem, pág. 108.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Vid supra, pág. 14.

consecuencia que también han de aplicarse los principios materiales del derecho penal, de naturaleza garantista, al ámbito disciplinario sancionador...”<sup>70</sup>, y destaca como principios aplicables los de legalidad (especialmente sus vertientes de tipicidad e irretroactividad de la infracción disciplinaria), el de tutela judicial efectiva, prohibición de *reformatio in peius*, y *non bis in idem*.

Si bien ésta es la opinión tradicional, la de derivar tales consecuencias de la identidad entre una y otra clase de infracciones, ella puede discutirse, y puede decirse que este marco de garantías para las personas que existe en materia penal es exigible también en materia administrativa y disciplinaria, específicamente. Para hacer tal exigencia no es necesario tener que afirmar la identidad del objeto de protección en materia penal y administrativa, sino que basta con respetar la idea de que el ejercicio del poder por parte del Estado se encuentra limitado frente a la persona, frente a su dignidad, cualquiera sea la sede en que este poder se ejerza (penal o administrativa). En este sentido, Villalón, quien dice: “Ciertamente el derecho disciplinario militar hoy comparte varios de estos principios (como el *non bis in idem*) con el derecho penal, pero eso se debe a la necesidad natural de limitar la potestad sancionadora, más que a una dependencia del derecho disciplinario del penal, en razón de su pretendida naturaleza similar.”<sup>71</sup>

Descartado el criterio cuantitativo por artificioso y exagerado, y siendo al menos discutibles sus pretendidas virtudes prácticas (irradiación de los principios del derecho penal al ámbito disciplinario), opto por un criterio cualitativo en la delimitación de las infracciones disciplinarias militares y los delitos militares. Estimo, pues, que se trata de infracciones de distinta naturaleza: unas atacan un bien vital, que interesa a todos (delitos militares); otras no alcanzan a tener tal entidad (infracciones disciplinarias militares). La decisión de si se opta por el criterio cualitativo propiamente tal o por el mixto se dejará para el capítulo IV, después de que se haya analizado los tipos penales del CJM.

---

<sup>70</sup> Op., cit., pág. 108. (El paréntesis es mío).

<sup>71</sup> Villalón Aguirre, Matías, op. cit., pág. 206.

## Capítulo III. Situación de nuestro sistema de justicia militar a la luz del concepto doctrinario de delito militar

Estudiados los conceptos doctrinarios de delito militar e infracción disciplinaria militar, corresponde en esta parte estudiar el CJM chileno, que se ocupa de los delitos militares. Primero se examinará cuál es la noción de delito militar que éste tiene y cuánto se corresponde con el concepto doctrinario del mismo que diéramos más atrás. A partir de la comparación de los conceptos positivo y doctrinario de delito militar se analizará los tipos penales del CJM para ver qué tan cierto es lo que se dijera en la introducción de este trabajo sobre “la desmesurada amplitud de nuestra jurisdicción penal militar”<sup>72</sup>, en lo referente a la cantidad de materias de que esta jurisdicción conoce.

Nuestro sistema de justicia militar entrega al conocimiento de los tribunales militares los asuntos, en base a dos criterios: uno material y otro personal. De acuerdo al **criterio material** la jurisdicción penal militar comprende “*las causas por delitos militares*” (después veremos qué es delito militar para el código) y las causas que “*leyes especiales sometan al conocimiento de sus infracciones a los Tribunales Militares*” (como la Ley de Control de Armas) (Artículo 5 n°1 CJM). En base a este criterio, entonces, es la materia (*ratione materiae*) la que determina la competencia. En base al **criterio personal** caben

---

<sup>72</sup> Vid supra, págs. 1 y 2.

dentro de la jurisdicción penal militar “*las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, (...) y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas.*” (artículo 5 n°3 CJM). Este criterio, entonces, atiende a la persona (*ratione personae*), que debe ser militar (o empleado civil de las Fuerzas Armadas, por virtud del artículo 7 del CJM) y al hecho de concurrir alguno de los siguientes elementos adicionales: a) cometerse el delito en estado de guerra o de campaña (*ratione temporis*); b) cometerse el delito en actos del servicio militar o con ocasión de él (*ratione legis*) o c) cometerse el delito en establecimientos o dependencias de las instituciones armadas (*ratione loci*). Concurriendo la condición de militar y alguna de estas circunstancias el hecho lo conoce el tribunal militar, aunque se trate de un delito común.<sup>73</sup>

A nosotros nos interesa la jurisdicción penal militar de tiempo de paz en razón de la materia, específicamente esta jurisdicción en relación al concepto de delito militar. Comencemos viendo, entonces, qué es delito militar para el CJM chileno. Su artículo 5° n°1 nos lo dice: “*Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: 1° De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código; ...*” Son delitos militares, por lo tanto, los contemplados en el CJM. Se trata de un concepto formal de delito militar, que nada nos dice sobre su naturaleza, y muy amplio por lo demás. Se verá más adelante que muchos de los delitos tipificados por el CJM no exigen la calidad de militar del sujeto activo y otros tantos no exigen la afección de la eficacia de las Fuerzas Armadas. Pero para el CJM son delitos militares porque se encuentran regulados en el CJM. A partir de esta noción meramente formal de delito militar que da el código, la doctrina se ha preocupado de hacer clasificaciones de estos ‘delitos militares’ para hacer más claro el panorama. Así, Astrosa Herrera<sup>74</sup> llama *delitos militares ficticios* o *impropiamente militares* a aquellos que cometen los civiles (como ofensas a Carabineros). Los cometidos por militares serían por lo tanto *propiamente militares*, y entre éstos también el autor hace distinguos: *delitos puramente militares* son los que lesionan un interés exclusivamente militar (por ejemplo, cobardía frente al enemigo); *delitos secundariamente militares* son los que lesionan intereses tanto militares como comunes (maltrato al superior causando la muerte-homicidio).

Astrosa Sotomayor, en tanto, llama delitos *propiamente militares* a aquellos que se corresponden con la noción doctrinaria de delito militar, e *impropiamente militares* a los que no lo hacen, correspondiendo ésta a una clasificación extendida y aceptada por la doctrina.<sup>75</sup>

¿Cuál es la idea del legislador de darnos un concepto formal y amplio de delito

---

<sup>73</sup> La jurisdicción penal militar comprende además ciertos hechos que tienen lugar fuera del territorio nacional (artículo 5 n°2) y las acciones civiles restitutorias de la cosa o su valor en los casos de los n° 1, 2 y 3 del artículo 5° (Artículo 5 n°4 del CJM).

<sup>74</sup> Op. Cit., págs.29 y 30.

<sup>75</sup> Astrosa Sotomayor, Renato, op. cit., pág. 87.

militar? La idea es simplemente permitir que todas las conductas tipificadas como delitos militares en el CJM sean de conocimiento de los tribunales militares. La misma definición de delito militar la realiza el CJM en este artículo 5º, que detalla todos los asuntos cuyo conocimiento y juzgamiento corresponde a la competencia de los tribunales militares.<sup>76</sup> Es finalmente, entonces, una razón de competencia la que hace que el código nos brinde este concepto formal de delito militar. Y detrás de esta razón de competencia hay una razón política que se refiere al interés en que los asuntos que se relacionen con el mundo militar sean resueltos en el propio mundo militar. Mera dice<sup>77</sup> que este propósito quedaría en evidencia con el artículo 206 del CJM, que dispone: *“La injuria y la calumnia entre militares se considerará siempre delito militar; pero se penará de acuerdo con la ley común, salvo que constituya un delito especialmente penado por este Código.”* Las injurias y calumnias proferidas entre militares se consideran, entonces, delitos militares por el sólo hecho de ser militares los involucrados, aunque no se dé ninguno de los supuestos doctrinarios del delito militar. Y así, un delito que debiera ser común (y que en el hecho se sanciona de acuerdo a la ley común), que debiera ser conocido por los tribunales comunes, a través de un procedimiento común, se convierte en un delito militar, conocido por los tribunales militares, a través de un procedimiento especial. Astrosa Herrera dice al respecto: *“Como hay cierto interés de orden institucional que estas dificultades entre militares se ventilen ante tribunales militares, el artículo 206 ha dispuesto que en estos casos el delito adquiera, por ampliación de concepto, la calidad de delito militar”*<sup>78</sup>

El código, finalmente, asume que no todos los delitos que regula son propiamente militares, en el sentido de corresponderse con el concepto doctrinario de delito militar. Lo hace en el artículo 215: *“Los delitos militares serán sancionados con penas comunes o con penas militares según la naturaleza del delito.”* Asume, pues, que hay delitos de distinta *naturaleza* entre los contemplados en su texto, delitos unos que se sancionan con penas comunes (las que contempla el Código Penal) y delitos otros sancionados con penas militares (las que contempla el CJM). Dice Astrosa Herrera que con esta alusión a *“la naturaleza del delito”* el código se ha remitido a la clasificación doctrinaria (suya) que distingue entre delitos puramente militares (que afectan un interés exclusivamente militar) y delitos secundariamente militares (que lesionan intereses comunes y militares).<sup>79</sup> Lo mismo puede decirse recurriendo a la clasificación de Astrosa Sotomayor, y ahí la distinta *naturaleza* de delitos calzaría con la distinción entre delitos propia e impropia militar. Los delitos sancionados con penas comunes serán delitos impropia militar; los sancionados con penas militares, propiamente militares. El código es

<sup>76</sup> El artículo 1º del CJM ya ha dicho: *“La facultad de conocer en las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código”*. (Tribunales militares).

<sup>77</sup> Mera Figueroa, Jorge, op. cit., pág. 20.

<sup>78</sup> Op. cit., pág. 331.

<sup>79</sup> Idem, pág. 352.

bastante coherente en este punto, y a los delitos que la doctrina en general considera impropia militarmente los sanciona con penas comunes. Así sanciona (en su Libro III) los delitos de traición, espionaje, delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado (Título II); contra el derecho internacional (Título III); contra la seguridad interior del Estado (Título IV); contra los intereses del Ejército (Título VIII); contra la propiedad (Título IX) y de falsedad (Título X). En cambio, a los propiamente militares los sanciona en general con penas militares: delitos contra el orden y seguridad del ejército (Título V); contra los deberes y el honor militares (Título VI) y delitos de insubordinación (Título VII).

Tiene mucho interés doctrinario, por lo tanto, este distinto tratamiento en relación a las penas, pues en base a la clase de pena que se asigne al delito tendremos un indicador sobre si éste es propia o impropia militar.<sup>80</sup>

Con todo, tengan penas comunes o militares los delitos de que se trate, siguen siendo delitos militares para el CJM, según su artículo 5°. Y el que sigan siendo delitos militares trae aparejadas importantísimas consecuencias, fundamentalmente en materia de garantías para las personas y eficacia del sistema de administración de justicia. La consecuencia básica, fundamental de que una conducta sea considerada delito militar es que ella será sometida al conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado de tribunales militares, por virtud de los artículos 5 n°1 y 1 del CJM, y en nuestro sistema puede decirse que esa circunstancia resulta atentatoria contra las garantías de las personas sometidas a la jurisdicción militar y contra la eficacia del sistema de administración de justicia. ¿Por qué? Básicamente porque nuestros tribunales militares de tiempo de paz no son independientes ni imparciales, o, al menos, no están dadas las garantías para ello. En ese sentido se pronuncia toda la doctrina nacional.<sup>81</sup> No corresponde aquí detenerse en este punto, pero se dirán unas pocas palabras sobre esta realidad. En relación a la independencia, los titulares de los juzgados institucionales (juzgados de primera instancia) son oficiales en servicio activo que dependen de sus superiores en la estructura jerárquica y rígidamente disciplinada que es la militar.<sup>82</sup> Ellos no gozan de inamovilidad (sabido es que base de la independencia de los jueces es su inamovilidad), pues pueden ser removidos de sus cargos de jueces institucionales. Difícil parece que en tales condiciones estos jueces puedan ser independientes. Tampoco parece posible que estos tribunales puedan ser imparciales. Piénsese en los casos de civiles que cometen delitos militares: ¿cuenta esta persona, que a los ojos del sistema ha atacado intereses militares, con la garantía del tribunal imparcial si son militares los que juzgarán su comportamiento? Me parece que no. Y si se trata de delitos cometidos por

---

<sup>80</sup> También tiene interés práctico este distinto tratamiento, pues los delitos militares sancionados con penas militares tienen penas accesorias militares (artículo 223) y los delitos militares sancionados con penas comunes tienen penas accesorias comunes y militares (artículo 221).

<sup>81</sup> Véase con detalle en Duce Julio, Mauricio, “El Derecho a ser Juzgado por un Tribunal Independiente e Imparcial y la Justicia Militar Chilena”, en “Justicia Militar y Estado de Derecho”; Horvitz, María Inés, op. cit., págs. 132 y ss.; Mera Jorge, en esta misma obra, págs. 20 y 21; Couso Salas, Jaime, op. cit., págs. 73 y ss.

<sup>82</sup> En las Cortes Marciales (que son dos) hay integración mixta: Ministros de Corte de Apelaciones, Auditores y oficiales en servicio activo (la de Santiago la integra un coronel y la de Valparaíso un oficial, ambos en servicio activo).

militares, ¿no cabría temer una mayor flexibilidad en el juzgamiento por pertenecer a la misma institución?

También en materia de garantías procesales es desventajoso el juzgamiento por tribunales militares. De partida el ámbito penal militar no fue tocado por la reforma procesal penal, que comenzó a regir en las regiones IV y IX el 16 de diciembre del año 2000, por lo que seguirá rigiendo en esta materia el procedimiento inquisitivo antiguo que bien conocemos, con todas sus falencias. Incluso estas falencias se acrecientan en materia procesal penal militar, y así por ejemplo se encuentra mucho más limitada la facultad de recurrir contra las resoluciones y la actividad probatoria del imputado; es menos exigente el grado de convicción para poder procesar al imputado (basta una sola sospecha de participación y no presunciones fundadas, como en el otro sistema), etc.

Todo lo anterior atenta contra las garantías de las personas y también contra la eficacia en la administración de justicia. Un juez dependiente, parcial, que actúa en un procedimiento inequitativo en relación a las posibilidades de defensa es un juez ineficaz, un tribunal ineficaz. Más ineficaz todavía si se trata de oficiales en servicio activo que no poseen la adecuada formación técnico-jurídica para resolver los complejos asuntos que se les plantean. Así es, estos jueces no son abogados. Son, eso sí, asesorados por auditores<sup>83</sup>, lo que en definitiva les resta independencia, porque lo que hacen es seguir las opiniones de ellos, de los que saben.

Sobre estas falencias se pronunció Luis Maldonado, Presidente de la Corte Suprema en el año 1989, en su discurso de inauguración del año judicial<sup>84</sup>: “Si bien es cierto que los tribunales militares están sometidos en gran parte a los principios fundamentales que deben regir la organización de los tribunales de justicia, sin embargo aquellos principios que son base de las garantías de los imputados tienen una muy precaria vigencia en los tribunales castrenses. En efecto, siendo sus magistrados personal de las Fuerzas Armadas, los que de partida están sometidos a reglamentos de disciplina muy importantes, desaparece la garantía de la inamovilidad, la que es básica y fundamental en relación con la independencia del juez. Y esto implica, de inmediato, una seria deficiencia en el sistema de administración de justicia en cuanto a la confiabilidad de sus resultados.”

La situación es especialmente grave tratándose de las conductas que por su naturaleza corresponden a infracciones disciplinarias militares y que son sustraídas de su sede natural (disciplinaria militar) por considerarlas el CJM delitos militares, ya que se las priva de un procedimiento mucho más simplificado (disciplinario militar) y, lo más grave, se las sanciona criminalmente (generalmente con penas privativas de libertad) y no con las sanciones que por naturaleza les corresponde (disciplinarias), que son mucho más benignas.

Dijimos que habría de compararse el concepto positivo y doctrinario de delito militar. Sabemos que doctrinariamente el delito militar corresponde a un comportamiento, activo u omisivo, realizado por un militar mediante la infracción de los deberes militares, que

---

<sup>83</sup> Recuérdese que las Cortes Marciales se integran por auditores y oficiales (o coroneles) en servicio activo.

<sup>84</sup> Citado por Mera, Jorge, “Razones Justificadoras...”, pág. 20, nota n°9.

importa la afección significativa de la eficacia de las Fuerzas Armadas. Sabemos, de otra parte, que para el texto legal son delitos militares los contemplados en el CJM. Hemos dicho que es éste un concepto amplio. Así es: comprende muchas más conductas como delito de las que el concepto doctrinario autoriza. El trabajo, de aquí en más, consistirá en ir ‘limpiando el terreno’ de modo de acercar el texto legal al concepto doctrinario de delito militar. Para ello se irán analizando los tipos penales del CJM, algunos con más detención que otros, para ver cuáles pueden considerarse propiamente militares y cuáles no; para ver cuáles pueden corresponderse con el concepto doctrinario de delito militar y cuáles no.

Diversos factores son los que pueden mostrarnos que una determinada conducta, calificada de delito militar por el CJM, no es en verdad un delito militar, propiamente hablando. En primer lugar, nunca será delito militar una conducta realizada por un no militar, por un civil.<sup>85</sup> De modo que cuando se vea un tipo penal en el CJM que diga “*el que*” y no “*el militar que*”, o “*el Comandante que*”, o “*el Oficial que*”, etc., sabremos que se trata de un delito impropio militar, que debiera regirse por la ley penal común y que, por lo tanto, en una futura reforma debiera desaparecer del CJM. Así por ejemplo el artículo 260, dentro de los ‘Delitos contra el Derecho Internacional’: “*El que, sin motivo justificado, prolongare las hostilidades después de recibir noticia oficial de haberse ajustado con el enemigo la paz, un armisticio o tregua, violare alguno de estos convenios o una capitulación, será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo.*”

*Si con motivo del acto realizado sobreviniere una declaración de guerra, represalias u otros actos de violencia, la pena será elevada en dos o tres grados.”*

En segundo lugar, tampoco serán delitos propiamente militares los que cometan los militares sin que medie infracción de un deber militar, y ello porque sabemos que define al delito militar (como delito especial que es) el que en su base exista una infracción del deber militar (deber específico). Así, dentro de los ‘Delitos contra la Propiedad’, el artículo 354 dispone: “*Se castigará con la pena superior en uno, dos o tres grados a la señalada por el Código Penal para el delito, al culpable de robo o hurto de material de guerra, ya se trate de armas, municiones, aparatos, instrumentos destinados a los servicios de las Fuerzas Armadas, o de maquinarias o útiles de uso exclusivo para la fabricación de material de guerra.*” Como vemos, se trata de un delito que puede cometer cualquiera. Cuando lo comete un militar no podemos decir que esté cometiendo un delito propiamente militar, a pesar de que pudiera parecerlo, ya que las conductas descritas en el tipo son fáciles de entroncar con el bien jurídico militar. Pero aquí no existe la infracción de un deber específico que corresponda al militar, sino que la infracción de un deber común, consistente en respetar la propiedad militar, que a todo habitante del territorio

---

<sup>85</sup> El artículo 6° del CJM nos dice a quiénes se considera militares: “*Para los efectos de este Código, se considerarán militares los que se encuentren comprendidos en las leyes de planta o dotación del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros; los alumnos que efectúan los dos últimos años de estudios en las Escuelas Matrices para Oficiales de las Fuerzas Armadas, y los aspirantes a Oficiales que integran los cursos de la Escuela de Carabineros; los Oficiales de Reclutamiento; los conscriptos; los miembros de las Fuerzas Armadas desde que sean llamados al servicio; las personas que las sigan en campaña en el estado de guerra; y los prisioneros de guerra.*”

nacional obliga. Se trata, entonces, de un delito común, y es la ley común la que debiera regir esa conducta, pero no la ley militar; lo mismo que para todos los casos de 'delitos militares' en que no hay infracción de deberes militares. A lo más para tales supuestos pudiera contemplarse una agravación del delito para el militar que comete el delito, ya por implicar su condición de militar un incremento del injusto, una afectación más intensa del bien jurídico; o por poder implicar un incremento de su culpabilidad. Así, por ejemplo, en este caso de robo o hurto de materiales de guerra podría justificarse una agravación del delito para el caso que el delito lo cometa un militar (como de hecho entre nosotros ocurre, contemplándose una agravante en el artículo 362 n° 5 del CJM) basada en que la conducta es más reprochable si la comete un militar dada su labor de defensa de la seguridad exterior, su vinculación cercana con el material de guerra, mayor facilidad de comisión, etc. Pero sólo podría justificarse una agravación del delito, no así la consideración de la conducta como delito militar, por la simple razón de que no hay deber militar específico violado.

Este segundo grupo de 'delitos militares', entonces, también debiera desaparecer del CJM.

Finalmente, también hay conductas consideradas delitos militares por el CJM en que el sujeto activo es un militar y en que hay infracciones del deber militar, pero en que falta la afección o la afección significativa de la eficacia de las Fuerzas Armadas. Este tercer grupo de delitos impropriamente militares es el que interesa a los efectos de este trabajo porque precisamente en este grupo de 'delitos' es donde puede no aparecer claro si la conducta de que se trata es efectivamente un delito o una mera infracción disciplinaria militar. En este grupo se centrará el mayor esfuerzo de este trabajo, analizando los tipos penales militares y viendo si son propiamente militares, en el sentido de lesionar significativamente la eficacia de las Fuerzas Armadas, o si, por el contrario, corresponden más bien a infracciones disciplinarias militares (por no hacerlo). Como ejemplo puede citarse el artículo 331 n° 4 del CJM, que sanciona al militar que maltrata de obra a un inferior sin causarle lesiones o causándole lesiones leves. Artículo 331: *"El militar que maltrata de obra a un inferior, será castigado: 4° Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo si no le causare lesiones o éstas fueren leves."* Para el caso en que no se causen lesiones (como una simple cachetada) me parece que bajo ningún respecto la conducta puede afectar la eficacia del cuerpo armado, debiendo constituir la conducta una infracción disciplinaria militar.

Como en los otros dos grupos de 'delitos', entonces, también aquí encontraremos delitos impropriamente militares, esta vez por tratarse de conductas que no afectan significativamente al bien jurídico militar. Ellas también deberían ser eliminadas del CJM y guarecerse bajo el abrigo de su jurisdicción natural: la disciplinaria militar.

En la tarea relativa al examen de los tipos penales del CJM se comenzará dando una mirada superficial a aquellos títulos del Libro III que contienen delitos impropriamente militares de los dos primeros grupos a que nos refiriéramos, esto es, de los grupos que no son objeto de este estudio<sup>86</sup>. Precisamente por ello es que la mirada será superficial,<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Para un estudio detallado de estos grupos de delitos, véase "Código de Justicia Militar Comentado", de Renato Astrosa Herrera, ya citado, y artículo de Jorge Mera "La Parte Especial del Derecho Penal Militar Chileno", ya citado, págs. 21 y ss.

pero despejará bastante el horizonte, ya que se deshará de la mayoría de los tipos penales de este Libro. Si se analizan estos tipos penales se podrá observar que ellos contemplan penas comunes (no militares), corroborándose el aserto de más atrás<sup>86</sup> sobre la correspondencia entre la pena asignada al delito (común o militar) y la naturaleza de éste (común o militar).

Los tipos penales a que nos referimos se agrupan en los siguientes títulos, todos del Libro III:

Título II:

*“De la Traición, del Espionaje y demás delitos contra la Soberanía y Seguridad Exterior del Estado.”*

Se trata de delitos comunes, atentatorios contra la seguridad exterior del Estado, de sujeto activo indeterminado (militar o civil), sancionados con penas comunes (en adelante no se insistirá en la naturaleza común de las penas, pues ya se anticipó que todos estos delitos así se sancionan).

Título III:

*“Delitos contra el Derecho Internacional”.*

Corresponden a delitos contra las leyes de la guerra (contra el derecho internacional) y contra la seguridad exterior, de sujeto activo indeterminado. Hay, eso sí, una figura de desobediencia en este título, el artículo 262, que sí es un delito militar propio.

Título IV:

*“Delitos contra la Seguridad Interior del Estado.”*

Se contempla básicamente el delito de *rebelión o sublevación militar*, que en verdad es un delito común, atentatorio contra la seguridad interior, de sujeto activo indeterminado.

Título VIII:

*“Delitos contra los Intereses del Ejército.”*

Por ejemplo, malversación de caudales del Ejército, daños en especies de uso militar destinadas a la defensa nacional, etc. Son delitos comunes que atentan contra intereses materiales del Ejército, de sujeto activo indeterminado.

Título IX:

*“Delitos contra la Propiedad.”*

Son delitos contra los intereses materiales de las Fuerzas Armadas, como robo o hurto de material de guerra. También son de sujeto activo indeterminado.

<sup>86</sup> Sólo nos referiremos al Libro III, “De la Penalidad”, que es el que contiene el grueso de los tipos penales del CJM. El Libro IV también reúne tipos penales (especialísimos), pero aplicables sólo a la Armada y a Carabineros, ramas que anticipamos no estudiaríamos.

<sup>88</sup> Vid supra, pág.49 y 50.

Título X:

*“Delitos de Falsedad.”*

Se comprenden aquí figuras de falsificación material e ideológica de documentos y signos de autenticación referentes al servicio de las Fuerzas Armadas, y de uso de los mismos. Algunos son delitos de sujeto activo militar y otros de sujeto indeterminado, pero en ninguno de ellos hay infracción de deber militar alguno.

En todos estos títulos, entonces, se contemplan delitos impropriamente militares. En general el sujeto activo es indeterminado, en ellos no hay infracción de específicos deberes militares y en general no se afecta el bien jurídico militar. En los títulos II y III el bien jurídico protegido es la seguridad exterior. En el título IV, la seguridad interior. En los títulos VIII y IX el bien jurídico protegido es la propiedad (militar) y en el título X, la fe pública. Estos dos últimos bienes jurídicos (propiedad y fe pública) pudiera decirse que son los bienes jurídicos básicos afectados en estos delitos, pero igualmente en ellos se afecta el bien jurídico militar. ¿Cómo no va a afectar a la eficacia del Ejército en su trabajo de guerra, por ejemplo, el que se le roben 10 cañones? Pero el hecho de que exista una afección del bien jurídico militar no significa que la conducta constituya un delito militar, ya la realice un civil o un militar. Ya sabemos que los civiles no pueden cometer delitos militares. Si un civil es el que se roba los cañones habrá cometido delito de robo, habrá afectado el bien jurídico propiedad. Pero también habrá afectado la eficacia de las Fuerzas Armadas. Este mayor disvalor de la conducta podrá traducirse en una agravante, y tendremos, al fin, un robo agravado por la naturaleza del objeto robado. Recordemos que toda persona, civil o militar, tiene “el deber jurídico de no lesionar bienes jurídicos militares...”<sup>89</sup>, y si los lesiona se agravará el delito común que haya cometido.

Si un militar es el que se roba los cañones no hay delito militar porque no ha infringido ningún deber específico. Ha infringido el deber común de respetar la propiedad ajena y ha infringido el deber común de no lesionar los bienes jurídicos militares. Ello lo hará responsable de delito de robo agravado. ¿Se podrá agravar todavía otro escalón este delito por su condición de militar? Sí. Ya decíamos más atrás<sup>90</sup> que cuando es un militar el que comete esta clase de delitos ello puede importar un incremento del injusto o hacer más intenso el reproche, por las particularidades de la condición militar. Lo uno o lo otro justifica la agravación. Pero justifica sólo eso; no transforma a este delito común en delito militar.

Tratándose de los delitos de los títulos II y III entiendo que basta como bien jurídico protegido con el de seguridad exterior de la nación, que, como dijimos más atrás<sup>91</sup>, es más amplio que el bien jurídico militar. Por las mismas razones antedichas se justifica una agravación del delito para el caso en que el sujeto activo sea militar.

Tratándose de los delitos del título IV, contra la seguridad interior del Estado, ése es

<sup>89</sup> Vid supra, pág. 21.

<sup>90</sup> Vid supra, pág. 55.

<sup>91</sup> Vid supra, pág. 32.

el bien jurídico protegido, la seguridad interior, y ningún otro. Esta clase de delitos no afectan al bien jurídico militar, pues éste está referido solamente a la eficacia de las Fuerzas Armadas en relación con la seguridad exterior, y no con la interior. Sin embargo, por las mismas razones de más atrás si el sujeto activo es militar podría justificarse una agravante.

Después de esta limpieza de terreno corresponde detenerse en los títulos restantes del libro III del CJM y precisamente en los tipos penales que nos interesan: los que se refieren al tiempo de paz y en que se presenta la duda de si efectivamente corresponden a delitos propiamente militares por afectar significativamente la eficacia de las Fuerzas Armadas o si corresponden sólo a infracciones disciplinarias militares, por no hacerlo. Comencemos por ver qué debe entenderse por tiempo de paz y de guerra. El artículo 418 del CJM nos dice qué debe entenderse por estado o tiempo de guerra: *“Para los efectos de este Código, se entiende que hay “estado de guerra”, o que es “tiempo de guerra”, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.”* Estos son, entonces, los supuestos de guerra para el código. Los demás son los de paz, que son los que nos interesan.

## Título V del Libro III del CJM:

*“Delitos contra el Orden y Seguridad del Ejército.”*

Contiene este título dos párrafos. El primero se refiere a la *“sedición o motín”* y el segundo al *“ultraje a centinelas, a la bandera y al Ejército”*.

### **Párrafo 1º del Título V: Sedición o motín.**

---

Hay que decir en primer lugar que este párrafo hace sinónimas las expresiones *motín* y *sedición*, lo que no corresponde. La sedición, en verdad, es un delito político, atentatorio contra la seguridad interior del Estado, y lo que el código tipifica bajo el nombre de sedición o motín, corresponde a lo que en general se entiende por motín.

La figura básica del motín se encuentra regulada en los artículos 272 y 273.<sup>92</sup> Art. 272: *“Los militares que en número de cuatro o más rehúsen obedecer a sus superiores, hagan reclamaciones o peticiones irrespetuosas o en tumulto, o se resistan a cumplir con sus deberes militares, serán castigados como responsables de sedición o motín.”*

*El que lleve la voz o se ponga al frente de la sedición, los promotores y el de mayor graduación, o el más antiguo si hubiere varios del mismo empleo, a la pena de presidio militar mayor en su grado máximo a muerte cuando el delito tenga lugar frente al*

---

<sup>92</sup> En adelante cuando se mencionen artículos (arts.) se entenderá que corresponden al CJM, salvo mención contraria. Cuando se empleen **negritas** en la transcripción de los artículos, serán del autor.

*enemigo, o de rebeldes u otros sediciosos, o si el motín ocasionare la muerte de alguna persona. A la de presidio o reclusión militares mayores, en cualquiera de sus grados, en los demás casos.*

*Los meros ejecutores del delito, si concurriere en él las circunstancias agravantes indicadas en el inciso anterior, a la pena de presidio o reclusión militares mayores en sus grados mínimo a medio; y a la de presidio o reclusión militares menores en sus grados medio a máximo en los demás casos.”*

Art 273: *“Respecto de los meros ejecutores del delito, sin las circunstancias agravantes contempladas en el inciso segundo del artículo anterior, la pena podrá rebajarse uno o más grados según las circunstancias, respecto de los suboficiales y cabo, y llegarse hasta la irresponsabilidad respecto de los soldados.”*

Se trata de una conducta muy grave que importa un atentado colectivo a la disciplina militar y que consiste, ya en negarse a obedecer las órdenes o a cumplir con los deberes militares, ya en hacer peticiones o reclamaciones irrespetuosas o en tumulto. Según la conducta de que se trate importará un atentado al deber de obediencia (en los dos primeros casos) o al de respeto (en los otros dos). Se trata de un delito formal (no se exige ningún resultado, salvo la hipótesis de muerte), que puede cometerse en tiempo de guerra o de paz, graduándose la pena según el caso; y en que hay ciertas circunstancias que agravan la conducta. Se sanciona con pena militar.

Lo que caracteriza a este delito es el que la conducta sea realizada por cuatro o más militares. Y entiendo que esa es la razón de que se sancione con penas tan elevadas: por constituir un atentado colectivo a la disciplina militar. Este es uno de aquellos delitos militares ‘clásicos’, que se sanciona siempre en el derecho comparado, ya se cometa en tiempo de guerra o de paz.

Estimo que se trata de un delito propiamente militar, que debe subsistir para el tiempo de paz. Me parece que situaciones como éstas, en que hay un ataque colectivo a los deberes militares, merecen sanción penal, ya que son conductas que lesionan la eficacia del cuerpo armado, su normal funcionamiento, su capacidad de desarrollar un eventual trabajo de guerra exitoso. Cómo no hacerlo si una de las bases en que se sustenta el cuerpo armado es la obediencia y respeto de los subordinados para con sus superiores, y aquí hay una desobediencia y falta de respeto colectiva.

Veamos cómo describe la conducta algún sistema comparado: Art. 683 del CJM argentino: *“Incurrer en motín los militares que, conjuntamente, en número de cuatro o más, cometieren vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad o insubordinación y, en general, aquellos que adopten colectivamente una actitud hostil o tumultuosa hacia el comando.”*

Luego el título V regula otras hipótesis dentro de este párrafo, que se refieren a la instigación al motín. Se trata de los artículos 274, 275 y 276. El sujeto activo en estas hipótesis es indeterminado, puede ser civil o militar. Están de más estas figuras, pues para los casos en que se verifiquen conductas de instigación bastará aplicar las reglas generales sobre autoría y participación, sin requerirse recurrir a normas especiales como éstas.

Hay otra figura en este párrafo en que pudiera plantearse la disciplinarización de la misma. Art. 277: *“El militar que sin objeto lícito conocido y sin la autorización competente, sacare fuerza armada de una plaza, destacamento, cuartel o establecimiento militar, será castigado con la pena de presidio o reclusión militares menores en cualquiera de sus grados, siempre que el hecho no constituyere otro delito.”*

Se trata de una conducta que puede ser grave para la eficacia del cuerpo armado, pero que puede no serlo. Piénsese que se trata de un cabo que, queriendo impresionar a su novia, o a sus amigos, saca del regimiento un fusil para mostrárselo, o dos, o tres. Se trata de una conducta que podría ser reprimida disciplinariamente, por afectar la disciplina militar, pero difícil parece que ella pueda afectar la eficacia del cuerpo armado en su labor de guerra. Entiendo que normas como ésta podrían tener una tipificación más flexible, que permitiera adecuar la respuesta a la verdadera gravedad de la conducta según el caso concreto. Eso es lo que hace el CJM argentino: art. 688: *“El militar que sin objeto lícito conocido y sin autorización competente, saque fuerza armada de una plaza, destacamento, cuartel, base o buque, será reprimido con prisión menor o sanción disciplinaria .”*

## **Párrafo 2º del Título V: Ultraje a centinelas, a la bandera y al Ejército.**

---

93

Se trata de figuras que protegen al centinela, guarda o fuerza armada y a las instituciones armadas y sus reparticiones, frente a atentados físicos (lesiones-muerte) o de palabra (amenazas, injurias, ofensas). Todas las figuras contempladas en este párrafo corresponden a delitos comunes, sancionados con penas comunes. No son, por lo tanto, delitos propiamente militares. Son figuras de sujeto activo indeterminado y en que para los casos en que los cometa un militar se considera ello una circunstancia agravante (art. 286). Por lo demás, estas mismas conductas ya se encuentran tipificadas en el CJM cuando el sujeto activo es militar (casos de insubordinación y de abuso de autoridad). Al parecer esta tipificación especial obedecería a la intención de sujetar a los civiles que cometan estos delitos al juzgamiento por tribunales militares, sustrayendo tales conductas de su jurisdicción natural (penal común).

## **Título VI: “Delitos contra los Deberes y el Honor Militares”**

Comprende seis párrafos este título. En los cinco primeros el deber militar infringido es el de prestar el servicio militar. Vamos uno a uno.

<sup>93</sup> En verdad el CJM ya no regula el delito de ultraje a la bandera, sino que lo hace la ley de Seguridad del Estado, por virtud del art. 1º de la ley 18.342 de 1984.

## **Párrafo 1º del Título VI: *Delitos en el servicio.***

---

Se contemplan aquí figuras de distinta índole, que no son todas delitos propiamente militares. Muchas de ellas, por lo demás, se refieren al tiempo de guerra (arts. 287 a 294, 296 y 297), por lo que no serán analizadas.

La figura del art. 295 se refiere al delito denominado automutilación, que cuando es cometido por un militar atenta contra el deber de prestar el servicio militar. Art. 295: *“El que, por su propia voluntad y con el objeto de sustraerse de sus obligaciones militares, se mutilare o se procurare una enfermedad que le inhabilite para el servicio, aunque sea temporalmente, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”*

*En tiempo de guerra, la pena será de reclusión menor en sus grados medio a máximo.”*

Entre nosotros no puede decirse que se trate de un delito propiamente militar, ya que se trata de un delito de sujeto activo indeterminado, sancionado con pena común. En algunos sistemas de derecho comparado es considerado delito propiamente militar (cuando es cometido por sujeto activo militar), como ocurre con el caso español.<sup>94</sup> Pero, ¿corresponderá esta conducta a un delito propiamente militar? Si bien existe infracción del deber de prestar el servicio militar, no me parece que exista una afección significativa del bien jurídico militar cuando el delito se comete en tiempo de paz. En los hechos se priva de recursos humanos al cuerpo armado, pero en medida muy menor.

Estimo que se trata de una conducta que perfectamente pudiera quedar bajo el alero de la jurisdicción disciplinaria militar. En efecto, el art. 76 n° 4 de nuestro RDFA establece una infracción contra la disciplina bastante similar a la conducta que comentamos: *“Son faltas contra la disciplina, entre otras: 4) Sustraerse al servicio con enfermedades o males supuestos.”* En ambos casos existe una sustracción al servicio militar: en uno por la mutilación o el procurarse efectivamente una enfermedad; en otro, por la suposición de un mal o de una enfermedad. Entiendo que lo que afecta a los intereses castrenses es la sustracción, no el modo como ella se llegue a verificar; sustráigase el militar por una u otra vía al servicio militar, me parece que el daño es el mismo para el cuerpo armado.<sup>95</sup>

Otra infracción al deber de prestar el servicio militar se encuentra en el art. 299 n°3: *“Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados, o con la pérdida del estado militar, el militar: 3º El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto*

---

<sup>94</sup> El Código Penal Militar Español dice en su art. 125: *“El militar que, para eximirse del servicio, se inutilizare o diere su consentimiento para ser inutilizado por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, si es en tiempo de paz y de tres a diez años, si es en tiempo de guerra...”*

<sup>95</sup> Con todo, es probable que la sustracción al servicio militar sea más prolongada en los casos de mutilación y enfermedad efectiva, que en los de males y enfermedades supuestas (y con ello más dañina para el servicio militar la primera sustracción), pero de todos modos no me parece que por ello se alcance a afectar significativamente al bien jurídico militar (a lo más se lo hará de un modo tangencial, no merecedor de pena).

*en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares.”*

Trátase de una norma amplísima, irrespetuosa del principio de legalidad, que sanciona al que sin incurrir en desobediencia o en la conducta del art. 294<sup>96</sup> *“deje de cumplir sus deberes militares.”* Con ello casi cualquier error del militar en relación con los deberes militares lo podría sujetar a este tipo. No entrega ningún criterio esta norma para saber cuándo la conducta es un delito y cuándo una infracción disciplinaria. En efecto, el RDFA sanciona la misma conducta general. Su art. 76 n° 15 nos dice que es una falta contra la disciplina *“Demostrar negligencia o descuido o **dejar de cumplir o eludir sus deberes militares**, siempre que no constituya delito.”* Con tal ambigüedad en estas normas actualmente no queda más que dejar al criterio de los tribunales militares el determinar si la conducta es un delito o una infracción disciplinaria. Lo que por esta parte se propone es eliminar la norma del art. 299 n°3 y simplemente tipificar con claridad las conductas infractoras de deberes militares que se consideren lo suficientemente dañosas como para constituir un delito militar.

Se contemplan también en este párrafo figuras atentatorias contra los deberes de los superiores. Así, el art. 299 n°1: *“Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados, o con la pérdida del estado militar, el militar: 1º Que no mantenga la debida disciplina en las tropas de su mando o no proceda con la energía necesaria para reprimir en el acto cualquier delito militar, según los medios de que al efecto disponga;”*

En principio ambas hipótesis corresponden a delitos propiamente militares. Hay infracción del deber militar, afección significativa del bien jurídico militar, sujeto activo militar y sanción militar. En relación con la afección del bien jurídico militar parece claro que atenta contra la eficacia del cuerpo armado, o puede atentar contra ella, el que el superior no mantenga la disciplina o no reprima las conductas que atentan contra la eficacia del mismo. Piénsese en el superior que tolera que sus subordinados ingresen alcohol y drogas al regimiento para celebrar el día de la patria. Con todo, son imaginables otros supuestos en que el superior también infrinja estos deberes, pero ello no llegue a constituir un delito militar. Así, no mantendrá la debida disciplina el superior que tolera que un subordinado cuente un chiste en la fila, produciéndose una carcajada general, pero difícil parece que ello pueda afectar la eficacia del cuerpo armado. Se quedará en una sola infracción del deber del superior y podrá constituir la falta disciplinaria del n° 3 del art. 76 del RDFA: *“Evar las medidas represivas contra los subalternos culpables de actos que perjudiquen el servicio o lesionen la disciplina.”*

Nuevamente, convendría que el texto legal describiera más precisamente la conducta delictiva o proporcionara criterios claros para delimitar una y otra clase de infracciones. Por ejemplo, podrían quedar como delitos militares las conductas de este tipo que llegaran a importar un relajamiento moral en el grupo, un desquiciamiento disciplinario o una perturbación de importancia en el servicio. En supuestos tales aparecería clara o posible la afección del bien jurídico militar, pero con descripciones amplias como la vista, y repetida en el reglamento de disciplina no puede saberse cuál es el límite entre lo delictual y lo infraccional disciplinario.

---

<sup>96</sup> La conducta del art. 294 es la del que *“en tiempos de guerra, con males supuestos o con cualquier pretexto, se excusare de cumplir sus deberes, o no se conformare con el puesto o servicio a que fuere destinado.”*

Las restantes figuras de este párrafo no corresponden a delitos propiamente militares de tiempo de paz ni a conductas que pudieran corresponder a infracciones disciplinarias militares, sino a delitos atentatorios contra otros bienes jurídicos (298 y 299 n° 2, que atentan contra la seguridad exterior) y/o en que no hay infracción de deberes militares, sino comunes (299 bis).

### **Párrafo 2º del Título VI: *Delitos de centinela.***

---

Son tres artículos los que regulan estos delitos, que se refieren a un cargo de gran importancia en el mundo militar. El centinela es el soldado aislado, con armas, encargado de la vigilancia efectiva de un puesto. Es un cargo fundamental para la seguridad del Ejército y por ello es que se encuentra protegido especialmente (delitos de ultraje a centinela) y se le imponen obligaciones especiales que hacen nacer estos delitos específicos.

Los delitos que puede cometer el centinela son los de abandonar el puesto o embriagarse en él (art. 300)<sup>97</sup>, faltar a la consigna o dejarse relevar por otro que no fuere su cabo o quien haga sus veces (art. 301)<sup>98</sup> y dormirse en el puesto, siempre que este estado no pueda atribuirse a embriaguez voluntaria (art. 302)<sup>99</sup>.

Se trata de delitos que pueden cometerse en tiempo de guerra o de paz, graduándose la pena según si se comete en uno u otro tiempo. Del mismo modo, la pena es distinta según si el delito se comete frente al enemigo o no, según si se comete en campaña o no, o si se comete en lugar declarado en estado de sitio (el estar frente al enemigo y en campaña supone el estado de guerra; el estado de sitio, no, pero igualmente importa una situación de gravedad). Estos últimos contextos, y el de guerra en general podemos llamarlos *peligrosos*.

<sup>97</sup> Art. 300: "El centinela que abandonare su puesto o se embriagare en él, estando frente al enemigo, será castigado con la pena de presidio militar mayor en su grado máximo a muerte. Si el delito lo cometiere en campaña o en lugar declarado en estado de sitio, sin estar frente a enemigos, la pena será de presidio militar mayor en su grado máximo a presidio militar perpetuo; y si fuere en otras circunstancias, con la de presidio militar menor en su grado máximo a presidio militar mayor en su grado medio."

<sup>98</sup> Art. 301: "El centinela que faltare a su consigna o se dejare relevar por otro que no fuere su cabo o quien haga sus veces, será castigado: 1º Con la pena de presidio militar mayor en su grado máximo a muerte, si el delito se cometiere frente al enemigo y a consecuencia del hecho se hubiere comprometido la seguridad del puesto o de la plaza en que se encontraba prestando sus servicios; 2º Con la de presidio militar mayor en cualquiera de sus grados, si el delito se hubiere cometido en presencia del enemigo, pero no hubiere acarreado los perjuicios que se señalan en el número precedente; o en campaña o plaza declarada en estado de sitio, sin estar frente a enemigos; 3º Con la pena de presidio militar menor en sus grados medio a máximo, en los demás casos."

<sup>99</sup> Art. 302: "El centinela o individuo de patrulla a quien se hallare dormido, siempre que este estado no pueda atribuirse a embriaguez voluntaria, será castigado: 1º Con la pena de presidio militar mayor en su grado máximo a presidio militar perpetuo, si el hecho ocurriere frente al enemigo; 2º Con la de presidio militar mayor en cualquiera de sus grados, si ocurriere en campaña o plaza declarada en estado de sitio, no estando frente al enemigo; 3º Con la de presidio militar menor en cualquiera de sus grados en los demás casos."

Se trata de delitos formales, en que no se exige ningún resultado (salvo el art. 301 nº 1), de sujeto activo militar, en que existe infracción del deber de prestar el servicio militar, sancionados con penas militares. ¿Se afecta la eficacia del cuerpo armado cuando el delito se comete en tiempo de paz, haciendo acreedor al militar a una pena privativa de libertad? Me parece que hay que distinguir entre los distintos supuestos. Para los casos del art. 300 estimo que se trata de una conducta grave (abandonar el puesto o embriagarse en él), que va más allá de la sola infracción del deber. El cargo de centinela es fundamental para el resguardo de la seguridad del cuerpo armado y sin duda afecta la capacidad de éste para desarrollar un eventual trabajo de guerra exitoso el que se cometan estas conductas. Lo anterior sin perjuicio de considerar muy elevada la pena (3 años y 1 día a 15 años).

En relación al art. 301, y la conducta de faltar a su consigna<sup>100</sup> o dejarse relevar por otro, me parece que habría que ponerse en el caso concreto y ver de qué prescripción se trata (importante o no) y si el relevo cumplió bien o mal la función de centinela. La propia norma introduce criterios resultativos en su nº 1 para el tiempo de guerra (comprometerse la seguridad del puesto o de la plaza), técnica que me parece pudiera emplearse en el tiempo de paz para hacer punibles estas conductas. Aquí los criterios podrían ser otros, como reincidencia, perturbar el servicio, cometerse en acto de servicio de armas, etc. Pero el sólo despliegue de la conducta me parece insuficiente para la justificación de la respuesta penal. Sí justifica una respuesta disciplinaria, que en este caso pudiera calzar en el art. 76 nº 15 del RDFA: *“Demostrar negligencia o descuido o dejar de cumplir o eludir sus deberes militares, siempre que no constituya delito.”*

En este sentido me parece elogiable la normativa española. El art. 146 de su CJM sanciona al centinela que abandona su puesto (como nuestro art. 300), y si lo hace en contexto de paz, lo sanciona con una pena de seis meses a seis años de prisión. Y luego su art. 147 se refiere al centinela que *“incumpliere sus obligaciones, ocasionando **grave daño al servicio.**”* Esta norma es parangonable con nuestro art. 301, y elogiable por cuanto no se queda en el sólo despliegue de una conducta de incumplimiento de deberes (como nuestro 301), sino que exige la producción de un grave daño al servicio.

Finalmente, el art. 302 sanciona al centinela que se duerme en el puesto, cuando ello no pueda atribuirse a embriaguez voluntaria. Se trata de una conducta, el dormirse, que puede ser dolosa o culposa. Si es dolosa estimo que puede ser punible, tal como lo es el abandono del puesto o el embriagarse en tiempo de paz, pues el centinela se sustrae del cumplimiento de sus deberes, afectando el bien jurídico del mismo modo que en estos otros casos. Si la conducta es culposa, en cambio, me parece que debiera quedar dentro de la esfera disciplinaria, pudiendo encajar en el art. 76 nº 15 de nuestro RDFA: *“Demostrar **negligencia o descuido** o dejar de cumplir o eludir sus deberes militares, siempre que no constituya delito.”*

---

<sup>100</sup> Astrosa Herrera, dice en el CJM comentado que *consigna* es el conjunto de prescripciones que tienden a asegurar el fiel y eficaz cumplimiento de un servicio; prescripciones que pueden emanar de disposiciones reglamentarias o de órdenes generales o especiales de los jefes. (Op. cit., pág. 443).

### **Párrafo 3º del Título VI: Abandono de Servicio.**

---

El abandono de servicio se refiere a la dejación de un servicio determinado, particular, y no de todos los deberes militares (como ocurre con las figuras de abandono de destino o residencia, de las que hablaremos después).

Los artículos 304 y 305 contienen hipótesis de abandono de servicio en tiempo de paz y de guerra. Transcribiré las correspondientes al tiempo de paz. Art. 304: *“El militar que sin la debida autorización abandonare su puesto estando al mando de guardia, patrulla, puesto avanzado o de cualquier otro servicio con armas, será castigado con:*

*2º Con la pena de presidio militar mayor en su grado máximo a presidio militar perpetuo, si se cometiere en campaña no siendo frente al enemigo, o en lugar declarado en estado de sitio o en presencia de rebeldes o sediciosos.*

*4º Con la pena de presidio militar menor en cualquiera de sus grados, si se cometiere en tiempo de paz, pero en una expedición u operación militar.”*

Art. 305: *“Cualquier otro militar que abandonare los servicios señalados en el artículo anterior, será castigado con la pena (...) de presidio militar mayor en sus grados medio a máximo, en el caso del número segundo; (...) y con presidio militar menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del número cuarto.”*

El primero de estos casos es más grave que el segundo, pues el que abandona el servicio es un militar que se encuentra realizando una labor de mando, ya en un contexto peligroso (ante sediciosos o rebeldes) o en uno de entrenamiento para la guerra (expedición u operación militar). El segundo caso se refiere a otros militares (no al mando) que materializan el abandono.

Se trata de delitos de sujeto activo militar, sancionados con penas militares, en que se infringe el deber de prestar el servicio militar. ¿Importan una afección significativa del bien jurídico militar? Me parece que en el caso del art. 304 sí, ya que hay un abandono sin autorización, de alguien que se encuentra al mando, en contexto de peligro o de entrenamiento especial para la guerra. Me parece que la conducta afecta la capacidad del cuerpo armado para realizar un adecuado trabajo de guerra, dado el rol de mando del que abandona. El segundo caso estimo que puede producir tal afección en el contexto de peligro, en que cada elemento militar es valioso, pero no en el de entrenamiento, al menos no una significativa. Ahí la conducta podría encajar en el nº 5 del art. 76 del RDFA: *“Permanecer arbitrariamente fuera del servicio o excederse en un permiso, siempre que ello no alcance a constituir deserción, abandono de servicio o abandono de destino o residencia.”*

Luego, el art. 306 del CJM nos dice: *“El militar que abandonare su servicio en cualquier otro caso, será castigado con prisión militar en su grado máximo a reclusión militar menor en su grado mínimo.”* Se trata de una figura residual, bastante amplia, que permite abarcar otros casos de abandono en que no se dan los contextos de los artículos anteriores, recién vistos (contextos de peligro o de entrenamiento especial). ¿Qué es lo que permite diferenciar a esta norma del nº 5 del art. 76 del RDFA? No lo sé. A mi juicio los casos de abandono de servicio en tiempo de paz en que no se da un contexto de

peligro o se produce algún resultado dañoso claro al bien jurídico debieran quedar al amparo del régimen disciplinario solamente. El sistema argentino tiene un criterio más liberal todavía del que proponemos. Art. 708 del CJM argentino: *“El militar que no se encuentre en su puesto para el desempeño de cualquiera de los actos de servicio y que no justifique debidamente su ausencia, será reprimido con sanción disciplinaria. Si el hecho tuviere lugar en tiempo de guerra, se reprimirá con prisión.”*

Así, en este sistema el abandono se reprime en tiempo de paz sólo disciplinariamente.

El sistema alemán se acerca más a lo que proponemos. La Ley Penal Militar alemana (LPM) sólo sanciona penalmente el abandono de servicio por parte del “jefe de un comando o destacamento” y siempre que “con ello, al menos por imprudencia, causare una consecuencia grave.” (Parág. 45).<sup>101</sup>

#### **Párrafo 4º del Título VI: Abandono de destino o residencia.**

---

Se trata aquí de un delito que sólo puede ser cometido por oficiales y que consiste en interrumpir o no asumir sus funciones, arbitrariamente, por un tiempo superior al máximo tolerado por la ley, abandonando o no regresando al lugar donde tiene su destino o residencia.<sup>102</sup> A diferencia del abandono de servicio aquí existe una dejación completa de los deberes militares. Cuando el abandono de destino o residencia se comete por un individuo de tropa hablamos de desertión (tratada en el párrafo 5º de este título).

El tipo base se encuentra en el art. 308: *“Comete el delito de abandono de destino o residencia, siempre que no esté comprendido en las disposiciones del párrafo anterior, el Oficial que se encontrare en alguno de los casos siguientes:*

*1º Que deje de presentarse dentro de cuatro días, transcurridos los plazos reglamentarios, al puesto a que haya sido destinado;*

*2º Que, sin la debida autorización, faltare cuatro días consecutivos del lugar donde tuviere su destino o residencia;*

*3º Que, transitando por actos del servicio, no se presentare a los superiores respectivos, dentro de los cuatro días siguientes a la fecha que corresponda según los reglamentos, o a la que se le hubiere señalado para ese efecto en guía o itinerario especial;*

*4º Que, habiendo obtenido licencia, no se presentare en el lugar de su destino o residencia dentro de cuatro días contados desde la fecha en que haya expirado el plazo de ella, o desde la fecha en que tuviere noticia de haberse dejado sin efecto esa licencia.”*

El art. 309 establece ciertas circunstancias agravantes del delito.

<sup>101</sup> Véase Couso, Jaime, op. cit., pág. 136.

<sup>102</sup> Astrosa Herrera nos dice que “ ‘Lugar donde tiene su destino’ es aquel donde está su ocupación o empleo, vale decir, el recinto de la unidad o repartición donde ejerce sus funciones. ‘Lugar donde tiene su residencia’ es aquella población o ciudad donde legalmente vive el Oficial.” (op. cit., pág. 451).

El art. 310 establece la penalidad para el tiempo de guerra y de paz. Para el de paz dice: *“El abandono de destino o residencia será castigado:*

*En tiempo de paz, con la pena de reclusión militar menor en cualquiera de sus grados, o con la pérdida del estado militar, o con ambas a la vez, según las circunstancias.”*

Se trata de un delito en que el sujeto activo debe ser un oficial, sancionado con pena militar, en que se infringe el deber de prestar el servicio militar. Me parece una conducta grave la de hacer dejación completa de los deberes militares, y que afecta la eficacia del cuerpo armado al restársele por este número de días un oficial. Piénsese que esta ausencia se produjera al entrar a una guerra. En general en los sistemas comparados se considera a esta conducta como delito propiamente militar y se la sanciona con penas privativas de libertad, menos en Argentina, donde se sanciona solo disciplinariamente esta conducta. Art. 715 CJM argentino: *“La pena del abandono de destino será: en tiempo de paz apercibimiento o arresto hasta dos meses; cuando el abandono de destino exceda de quince días la sanción será de destitución.*

*En tiempo de guerra la pena será de prisión, destitución u otra sanción disciplinaria, según la circunstancia de cada caso.”*

Hay que remarcar que nuestro art. 310 también permite aplicar solamente la pena de pérdida del estado militar (según las circunstancias) si el delito se comete en tiempo de paz.

El art. 313 regula otra situación que es asimilada a este delito. Art. 313: *“El Oficial que, dentro de doce meses consecutivos, hubiere cometido faltas que sumen en total quince días de ausencia ilegítima en su destino o residencia, será castigado con la pena de prisión militar en su grado mínimo, si el hecho ocurriere en tiempo de paz...”* Me parece que aquí el legislador penal militar incurre en una desproporción al sancionar penalmente al oficial que falta a su trabajo ese número de días durante el lapso de doce meses. Lo que hace grave al abandono de destino o residencia es que la ausencia se extienda por cierto número de días seguidos, pero estas ausencias esporádicas no parecen capaces de afectar significativamente al bien jurídico militar. Bastaría con la vía disciplinaria para la sanción de estas inasistencias, siendo aplicable la norma del art. 76 n° 5 del RDFA: *“Permanecer arbitrariamente fuera del servicio o excederse en un permiso, siempre que ello no alcance a constituir desertión, abandono de servicio o abandono de destino o residencia.”*

## **Párrafo 5° del Título VI: Desertión.**

---

Este delito se diferencia del abandono de destino o residencia en el sujeto activo. Aquí la interrupción o no asunción de las funciones militares por un tiempo superior al máximo tolerado por la ley debe referirse a un individuo de tropa o de tripulación.

La desertión puede ser simple (art. 314) o calificada (art. 316)<sup>103</sup>, y cometida en

<sup>103</sup> Las hipótesis de calificación de este delito son muy similares a las hipótesis de agravación del abandono de destino o residencia (art. 309).

tiempo de guerra o de paz, variando la penalidad según unos y otros casos.

Art. 314: *“Comete delito de deserción el individuo de tropa o de tripulación que se halle comprendido en alguno de los casos siguientes:*

*1º Haber faltado a ocho listas consecutivas; tratándose de Carabineros, haber faltado cuatro días.*

*2º Haber faltado a tres listas consecutivas o dos días respecto de Carabineros, y ser aprehendido a cuarenta kilómetros o más del lugar o plaza de su destino o residencia, o del punto donde se encontrase acampado transitoriamente el cuerpo a que pertenezca;*

*3º El que, siendo cambiado de residencia o cuerpo, no se presentare al superior respectivo de su nuevo destino o residencia, cuatro días después de la fecha que se le hubiere señalado para ese efecto;*

*4º El que, habiendo obtenido licencia, no se presentare a su cuerpo dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que expirare su permiso.”*

El art. 317 establece la sanción: *“La deserción simple en tiempo de paz, será castigada con la pena de reclusión militar menor en su grado mínimo.*

*Si el culpable fuere reincidente en el delito, la pena se aumentará en un grado; y si la reincidencia fuere tercera o posterior deserción, la pena será reclusión militar menor en su grado medio a máximo.”*

Las hipótesis que califican la deserción (y que agravan el abandono de destino o residencia) en general no tienen que ver con una mayor afección al bien jurídico militar, y es por ello que no se analizarán.<sup>104</sup>

En general lo que se ha dicho del abandono de destino o residencia puede decirse de la deserción, ya que lo que diferencia a las figuras es el sujeto activo. Se trata de una conducta grave, en que existe dejación total de los deberes militares del individuo de tropa o tripulación, materializada en una ausencia prolongada. Entiendo que una conducta tal afecta la capacidad del cuerpo armado para su potencial trabajo de guerra, aunque en medida menor que en el caso del abandono de destino o residencia. En efecto, atendida la menor jerarquía del sujeto activo en la deserción, sus menores responsabilidades, me parece que su conducta es menos dañosa que la del oficial que abandona, razón por la cual la sanción debiera ser menor. Nuestro código sanciona el abandono de destino o residencia en tiempo de paz con la pena de reclusión militar menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) o con la pérdida del estado militar, o con ambas a la vez, según las circunstancias. La deserción simple en tiempo de paz es sancionada con la pena de reclusión militar menor en su grado mínimo (61 a 540 días). Entiendo que debiera contemplarse también aquí la pena de pérdida del estado militar como alternativa a la privación de libertad.

El art. 322 nº 1 contempla otra hipótesis, que el legislador asimila a la deserción, y que es similar a otra hipótesis que viéramos y criticáramos al tratar al abandono de

---

<sup>104</sup> Se trata de hipótesis como cometer el delito con escalamiento, estando arrestado, detenido o preso; cometerlo mediante concierto, irse luego al extranjero, etc. Pudiera importar un plus de afección para el bien jurídico militar la hipótesis de llevarse armamento el desertor o el que abandona.

destino o residencia.

Art. 322: *“Será castigado como desertor simple, el individuo de tropa o de tripulación:*

*1º Que en el transcurso de doce meses consecutivos hubiere cometido, sin consumir deserción, faltas que constituyan un total de veinte o más días de ausencia ilegítima;*

Contempla una situación bastante similar a la del art. 313, en que es el oficial el que incurre en estas ausencias. Lo mismo que se dijo ahí <sup>105</sup> cabe decirse acá. Básicamente que es una desproporción del legislador sancionar penalmente estas ausencias esporádicas (menos acá, en que es un funcionario menos clave el que las comete), bastando para su represión la vía disciplinaria. Art. 76 n° 5 del RDFA: *“Permanecer arbitrariamente fuera del servicio o excederse en un permiso, siempre que ello no alcance a constituir deserción, abandono de servicio o abandono de destino o residencia.”*

El art. 325 es una norma interesante, pues da cabida expresamente a la aplicación de la vía disciplinaria: *“Los individuos de tropa y de tripulación que, sin consumir deserción, faltaren a una o más listas, quedarán sujetos a los castigos disciplinarios que indiquen los respectivos reglamentos.”*

## **Párrafo 6º del Título VI: Usurpación de atribuciones, abuso de autoridad, denegación de auxilio y uso indebido de uniforme.**

---

Contempla este párrafo figuras de distinta naturaleza, algunas constitutivas de delitos propiamente militares y otras que no.

El art. 327 contempla los delitos de usurpación y prolongación de atribuciones militares. Art. 327: *“El militar que sin autorización competente o motivo justificado asumiere un mando, o lo retuviere en contra de las órdenes de sus jefes, será castigado con la pena de reclusión militar menor en su grado mínimo a máximo.*

*Si del acto se hubiere seguido perjuicio para la causa pública, la tranquilidad social o la disciplina de las Fuerzas Armadas, la pena podrá ser elevada hasta reclusión mayor en su grado máximo.*

*En tiempo de guerra, este delito se castigará con la pena de reclusión militar mayor en su grado máximo a muerte.”*

El asumir este mando que no corresponde al militar importa usurpación; el retenerlo contra las órdenes de los superiores, desobediencia. Atenta el primero contra el deber de disciplina y el segundo contra el deber de obediencia. Se trata de delitos de sujeto activo militar, sancionados con penas militares y en que me parece que se afecta el bien jurídico militar significativamente. Estimo que corresponden a delitos propiamente militares. En efecto, se trata de conductas que atentan contra deberes fundamentales dentro de la organización militar. Se sustenta el cuerpo armado en el respeto de la jerarquía militar, la disciplina, la obediencia, y el que asume un mando que no le corresponde (como un teniente que se hace pasar por coronel) o que retiene un cargo que no le corresponde

---

<sup>105</sup> Vid supra, pág. 74.

contra las órdenes de sus superiores, pasa por encima de todos estos pilares, comprometiendo la capacidad del cuerpo armado en su potencial trabajo de guerra. Estamos partiendo de la base de que no ha habido ningún motivo justificado para la usurpación o retención (exige la norma esta falta de motivo), ya que pudiera tolerarse conductas como éstas en casos de emergencia. Piénsese que en un ejercicio militar el coronel se ausenta por media hora para atender un asunto y comienza a haber desprendimientos de tierra en un cerro aledaño. El teniente, para evitar daños al material de guerra ordena la movilización de tanques para el transporte de rocas que detengan el aluvión. Aquí el que debió haber dado la orden era el coronel, pero no estaba. La dio el teniente, asumiendo un mando que no le correspondía, pero por existir un motivo justificado.

El art. 331 contempla un delito de aquellos que Astrosa Herrera denomina ‘secundariamente militares’<sup>106</sup>, pues afecta dos intereses: uno común (vida, integridad corporal) y otro militar (eficacia de las Fuerzas Armadas).

Art. 331: *“El militar que maltrata de obra a un inferior, será castigado:*

*1º Con la pena de presidio mayor en su grado medio a muerte si causare la muerte del ofendido;*

*2º Con la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo si le causare lesiones graves;*

*3º Con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio si le causare lesiones menos graves, y*

*4º Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo si no le causare lesiones o éstas fueren leves.*

Se trata de un delito de sujeto activo militar (y pasivo también), en que se infringe los deberes de los superiores, que es sancionado con penas comunes. El que se sancione de este modo no significa que se trate en los hechos de un delito común. La naturaleza de la sanción es un indicador, un primer elemento a considerar en el análisis, pero que no necesariamente se corresponderá con la naturaleza del delito. Así, también en el caso de ultraje a superiores ocurre algo parecido: el art. 339 sanciona el ultraje que causa muerte o lesiones graves con penas comunes; en cambio el que no las causa se sanciona con penas militares (art. 342) (y en ambos casos el delito podrá ser común o militar).

¿Afectará este maltrato de obra a inferiores la eficacia del cuerpo armado? Mera dice que se afectará esta eficacia, “toda vez que ella se resiente con estos maltratos que inciden en la moral de los subordinados y en el respeto al orden jerárquico y a los superiores, indispensable para que éstos se hagan obedecer y mantengan la disciplina. Por otra parte, cuando el mando se ejerce arbitrariamente y no de un modo racional y justo, existe el peligro de insubordinación.”<sup>107</sup> Estoy de acuerdo con estas ideas, pero me parece que en el caso concreto habrá que examinar los hechos para ver si puede

---

<sup>106</sup> Vid supra, pág. 48.

<sup>107</sup> Mera, Jorge, “Razones Justificadoras...” pág. 53.

estimarse que ha habido un ataque significativo al bien jurídico militar. Básicamente la idea que me mueve es que deberá tratarse de un maltrato que se dé en un contexto en que en verdad el bien jurídico militar aparezca en una posición de vulnerabilidad, como cuando se comete ante tropa reunida, en acto de servicio de armas, causando gran conmoción interior, insurrección de los inferiores, etc. Seguramente en los casos más graves, como de lesiones graves y muerte, se producirán estas últimas consecuencias. Habrá, en cambio, hipótesis en que me parece que los hechos afectarán al bien jurídico común más que al militar, como si el superior lesiona al inferior estando solos los dos y por un asunto personal. Me parece que habrá que ponerse en el caso concreto y enjuiciar la situación.

Si se llega a concluir que se trata de un delito común, en sede común habrá de juzgarse. De otra parte, habrá conductas de las descritas en el art. 331 que a mi juicio no llegarán a constituir delito, ni militar ni común. Es la situación del n° 4 de este artículo, en que se contempla sanción penal incluso para el caso en que no se produzcan lesiones. Creo que debiera dejarse abierta la posibilidad para que en casos como éste, que podría ser el de una simple cachetada, la sanción fuera simplemente disciplinaria.<sup>108</sup>

Los casos de maltratos psicológicos de superiores sobre inferiores son sancionados de ese modo entre nosotros, disciplinariamente. El art. 76 n° 16 dice que es falta contra la disciplina *“Reprender al subalterno en términos indecorosos u ofensivos o vejarlo en alguna forma.”* Me parece que debieran tipificarse en sede penal militar casos de maltratos psicológicos graves cometidos por superiores contra inferiores, ya que pueden afectar igualmente al bien jurídico militar, por las mismas razones dadas más atrás. Piénsese en casos como burlas y humillaciones reiteradas, que pueden destruir la psiquis de una persona, haciéndola más inepta para el servicio militar de lo que de seguro puede hacerla una lesión leve.

El CJM argentino en una sola norma abriga estas distintas clases de maltrato, dando cabida a las vías sancionatorias disciplinaria y penal. Art. 702 CJM argentino: *“El militar que se exceda arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones perjudicando a un inferior, o que lo maltrate prevalido de su autoridad, será reprimido con sanción disciplinaria o con prisión, siempre que del hecho no resulte un delito más grave, en cuyo caso se aplicará la pena que a éste corresponde. Si el acto se produjere estando el inferior en formación con armas, la pena será de confinamiento, destitución o prisión.”* Una norma como ésta permite sancionar disciplinariamente maltratos de obra de menor entidad, y penalmente maltratos psicológicos graves.

Una norma de interés contemplada en este párrafo es la del art. 330, que sanciona las *violencias innecesarias*.

Art. 330: *“El militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado:*

---

<sup>108</sup> En esta parte tendrá que ver la posición que se tenga sobre la punibilidad o no de las vías de hecho, cuestión sobre la que en Chile no hay una única postura. Si se prefiere la posición que no las considera punibles, podrá estarse de acuerdo con esta idea de disciplinarizar los maltratos de obra menores, que ni siquiera alcanzan a lesionar levemente al inferior.

*1º Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si causare la muerte del ofendido;*

*2º Con la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo si le causare lesiones graves;*

*3º Con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio si le causare lesiones menos graves, y*

*4º Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo si no le causare lesiones o si éstas fueren leves.*

*Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a la investigación de un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado.*

Se trata aquí, a mi juicio, de un delito común que es cometido por militar en acto de servicio militar y que ha sido puesto aquí para proteger a los militares que abusan en contra de los particulares, mediante el juzgamiento por sus pares. En efecto, la norma no distingue si el militar emplea las violencias contra particulares o militares, pero si las emplea contra militares tales conductas ya están recogidas en el CJM. Si el atentado es contra inferiores, en las figuras de maltrato de obra a inferiores (art. 331); si contra superiores, en las figuras de ultraje a superiores (Párrafo 2º del Título VII del Libro III). Así, se trata de delitos comunes contra particulares, en que no hay infracción de deberes militares (sino comunes), sancionados con penas comunes, que no comprometen la eficacia del cuerpo armado y que debieran quedar sujetos al régimen común de punición y juzgamiento, agravándose las conductas por el hecho de prevalerse el militar de su condición de tal.

Se contemplan finalmente en este párrafo, figuras que no constituyen delitos propiamente militares, como las de los arts. 329 y 333, que son de sujeto activo indeterminado y en que no hay infracción de deberes militares (sino comunes).

#### **Título VII del Libro III del CJM: Delitos de Insubordinación .**

Dos párrafos integran este título, ambos comprensivos de delitos cometidos por subordinados respecto de superiores jerárquicos. El primer párrafo se ocupa de la desobediencia y el segundo de los ultrajes a superiores.

### **Párrafo 1º del Título VII: *De la desobediencia.***

---

Comienza este párrafo, en sus arts. 334 y 335, regulando el deber de obediencia.

Art. 334: *“Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.*

*El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio.”*

Art. 335: *“No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido*

*la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito; podrá el inferior suspender el cumplimiento de la orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior.*

*Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior.”*

De estas normas se desprende que para que una orden obligue a aquel a quien es impartida, ella debe reunir algunos requisitos: ser impartida por un superior; ser relativa al servicio; haber sido dada en uso de las atribuciones legítimas del superior; y, en los casos en que el inferior ha suspendido su cumplimiento o la ha modificado, habérselo representado al superior y haber éste insistido. Dándose esos supuestos el inferior está obligado a cumplir la orden y si no lo hace incurre en el delito de desobediencia, aunque se haya tratado de una orden que haya tendido notoriamente a la perpetración de un delito (orden ilícita).<sup>109</sup>

La desobediencia puede adoptar dos modalidades, previstas en los arts. 336 y 337.

Art. 336: *“El militar que fuera del caso antes contemplado, dejare de cumplir o modificare por iniciativa propia una orden del servicio impartida por su superior, será castigado:*

*1º Con la pena de reclusión militar mayor en su grado máximo a muerte, si el delito se hubiere cometido en presencia del enemigo, y, con tal motivo, se hubieren malogrado las operaciones de guerra del Ejército nacional o aliado, o favorecido las del enemigo;*

*2º Con la de reclusión militar menor en su grado medio a reclusión militar mayor en su grado medio, si se cometiere en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren seguido perjuicios graves;*

*3º Con la de reclusión militar menor en cualquiera de sus grados en los demás casos.”*

La doctrina llama a esta figura desobediencia impropia o inobediencia, que consiste en dejar de cumplir o modificar la orden. Se entiende que en la desobediencia propiamente tal o abierta existe un conflicto entre la voluntad del superior que ordena y la del inferior que rechaza la orden, que se manifiesta en un rechazo claro, manifiesto, terminante *“(de palabra, gesto o hecho contrario a la ejecución, etc.)”*<sup>110</sup>. En cambio, en la desobediencia impropia si bien también hay un rechazo, éste se manifiesta *“en forma no exteriorizada o bien engañosa (no ejecución pura y simple de la orden que debe realizarse con posterioridad, simulación de ejecución, ejecución ineficaz, etc.)”*<sup>111</sup>

<sup>109</sup> En relación a este punto hay que decir que cuando se trata de una de tales órdenes ilícitas, el art. 214 sólo atribuye responsabilidad penal al superior que ha dado la orden y no al inferior que ha obedecido, siempre y cuando este último haya representado la orden (*‘dando inmediata cuenta’*) al superior. De lo contrario se hace acreedor el inferior a la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito.

<sup>110</sup> Astrosa Herrera, op. cit., pág. 486.

El art. 337 es la norma que regula la desobediencia propiamente tal: *“El militar que se negare abiertamente a cumplir una orden del servicio que le fuere impartida por un superior, será castigado:*

*1º Con la pena de reclusión militar perpetua a muerte, si la desobediencia se llevare a cabo en las condiciones señaladas en el número 1º del artículo anterior;*

*2º Con la de reclusión militar mayor en grado medio a máximo, si la desobediencia se cometiere en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren producido perjuicios graves o si, cometida en presencia del enemigo, no se hubieren producido los efectos a que se refiere dicho número 1º del artículo anterior;*

*3º Con la pena de reclusión militar menor en su grado mínimo a reclusión militar mayor en su grado mínimo, en los demás casos.”*

“La desobediencia es de mayor gravedad que la inobediencia, por cuanto en ella está más caracterizada la insubordinación.”<sup>112</sup>

Se trata de delitos de sujeto activo militar, en que existe infracción del deber de obediencia y de la disciplina militar (en sentido estricto, se entiende), sancionados con penas militares. Para ambos supuestos, de desobediencia e inobediencia, se distingue según si el delito se comete en presencia del enemigo, de rebeldes o sediciosos, o no. Para el tiempo de paz, además, en el n° 2 de ambas disposiciones se incorpora un criterio resultativo, imponiendo la pena de ese numeral para el caso en que, además de cometerse el delito ante rebeldes o sediciosos, se produzcan perjuicios graves. Nos interesan los n° 2 y 3 de ambas disposiciones, que son los que tienen aplicación en tiempo de paz. ¿Puede decirse que estas conductas de tiempo de paz importen un atentado significativo a la eficacia del cuerpo armado? Creo que pueden importarlo y que pueden no hacerlo. La obediencia y el respeto a los superiores es fundamental en el cuerpo armado, es la base de la jerarquía militar y ésta, la base del adecuado funcionamiento del cuerpo, organización compleja. Sin embargo, me parece que hay desobediencias y desobediencias; por eso mismo es que el art. 76 n° 12 del RDFA dice que es falta contra la disciplina *“No cumplir una orden superior relativa a asuntos del servicio, siempre que no constituya delito.”* Es decir, esta desobediencia, que no constituye delito, es una infracción disciplinaria solamente. ¿Cómo fijar el límite entre desobediencias y desobediencias? Me parece que los arts. 336 y 337 nos dan pistas. En sus numerales segundos nos dicen que para recibir el militar la sanción de reclusión militar de 541 días a 15 años (inobediencia) o de reclusión militar de 10 años y un día a 20 años (desobediencia) el delito debe cometerse, primero, ante rebeldes o sediciosos, y, segundo, debe producir perjuicios graves. Incluye aquí el legislador contextos de peligro y perjuicios graves para la sanción de la desobediencia. Me parece que en tales condiciones puede decirse que la desobediencia afecta la eficacia del cuerpo armado significativamente. Piénsese como ejemplo de perjuicio grave en un caso de desobediencia el siguiente: El teniente ordena a un soldado trasladar dos camionetas llenas de municiones de un lugar a otro, ya que cerca del lugar en que se encuentran, las

<sup>111</sup> Idem.

<sup>112</sup> Ibidem, pág. 486.

llamas avanzan sin piedad. El soldado, quizás pirómano, desobedece, y quince minutos más tarde se produce una explosión de proporciones. ¿Se ha afectado significativamente la eficacia del cuerpo armado, su capacidad? Me parece que sí. Se le restaron dos camionetas y 100 kilos de municiones en un contexto de altísimo peligro.

En los numerales terceros de ambas disposiciones conviene hacer distinciones para ver si se puede estimar que tales conductas de desobediencia son capaces de afectar al bien jurídico militar. Creo que en ciertos contextos podrán hacerlo (cuando se causa gran conmoción interior o relajamiento disciplinario generalizado, cuando se trata de desobediencias reiteradas, etc.). En otras situaciones de desobediencia me parece que no ocurre tal cosa, como si el teniente le dice al soldado que se abroche el bototo o que haga nuevamente su cama, y desobedece. Esa conducta no es un delito, es una falta disciplinaria. En este espíritu me parece que se ubica el art. 338, norma con que se cierra este párrafo: *“Tratándose de los delitos a que se refiere este Título, los tribunales podrán sustituir las penas de reclusión militar menor (estatuidas para los números terceros de los arts. que analizamos) por la de pérdida del estado militar.”*<sup>113</sup>

Así, para casos menos graves de desobediencia, el legislador autoriza al tribunal a sustituir la pena privativa de libertad por esta de pérdida del estado militar (sanción muy similar a la sanción disciplinaria de separación del servicio). Le dice el legislador al juez que se ponga en el caso concreto y que si el asunto no es, en verdad, tan grave, prefiera esta otra sanción, que parece más idónea y proporcionada para la sanción de la conducta.

El sistema argentino, tanto para los casos de desobediencia como de inobediencia contempla la vía disciplinaria como alternativa, y para los casos de inobediencia en tiempo de paz exige la producción de resultados dañinos. Así, el art. 676 del CJM, que castiga la inobediencia<sup>114</sup>, nos dice para el tiempo de paz: *“Si la desobediencia hubiese causado daño o perturbación en el servicio, se reprimirá con arresto y suspensión del empleo, o con destitución o con prisión menor;...”* Y el 667, que se refiere a la desobediencia abierta: *“Será reprimido con prisión hasta cuatro años o con sanción disciplinaria el militar que hiciere resistencia ostensible o expresamente rehusare obediencia a una orden del servicio que le fuere impartida por un superior.”*

## **Párrafo 2º del Título VII: *Ultraje a superiores.***

---

Se comprenden en este párrafo conductas que atentan también contra la subordinación jerárquica, pero en que el deber que se infringe es el de respeto. El ultraje a superiores puede materializarse en un maltrato de obra o en ofensas. Se trata, al igual que el delito de maltrato de obra a inferiores, de delitos secundariamente militares, pues afectan tanto a bienes jurídicos comunes (vida, integridad corporal, honor), como al bien jurídico militar.

<sup>113</sup> El paréntesis, obviamente, es mío.

<sup>114</sup> El art. 674 del CJM argentino ya ha definido a la inobediencia o desobediencia impropia del siguiente modo: *“Incurrir en desobediencia el militar que, sin rehusar obediencia de modo ostensible o expreso, deja de cumplir, sin causa justificada, una orden del servicio.”*

El art. 339 tipifica el maltrato de obra cuando causa lesiones graves o muerte: *“El que maltratase de obra a un superior en empleo o mando causándole la muerte o lesiones graves, será castigado:*

*1º Con la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte, si el delito se cometiere frente al enemigo;*

*2º Con la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si el delito se cometiere en tiempo de guerra, en actos del servicio de armas o con ocasión de él, o en presencia de tropa reunida, y*

*3º Con la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, en los demás casos.”*

El art. 342 tipifica el maltrato de obra de tiempo de paz que no causa lesiones graves o muerte, y lo hace por referencia al art. 341, que tipifica las mismas conductas en tiempo de guerra.

En definitiva, el art. 342 sanciona del siguiente modo este maltrato:

*1º Con la pena de presidio militar menor en su grado medio a mayor en su grado mínimo si se cometiere en acto de servicio de armas o en presencia de tropa reunida para cualquier servicio.*

*2º Con la pena de presidio militar menor en su grado mínimo a máximo si se cometiere en otro acto del servicio o con ocasión de él.*

*3º Con la pena de presidio militar menor en su grado mínimo a medio en los demás casos.*

Finalmente, el art. 343 se ocupa de las ofensas a los superiores: *“El militar que ofendiere a un superior en empleo o mando, con palabras, escritos, gestos, amenazas o en otra forma equivalente, será castigado:*

*1º Con la pena de presidio militar menor en su grado mínimo a medio, si la ofensa se cometiere en acto del servicio o con ocasión de él, o en presencia de tropa reunida, y*

*2º Con la de presidio militar menor en su grado mínimo en los demás casos.”*

Se trata de delitos de sujeto activo militar (militar inferior respecto de un superior), en que existe infracción del deber de respeto y de la disciplina militar, sancionados en el primer caso (maltrato de obra que causa muerte o lesiones graves) con penas comunes y en segundo y tercero con penas militares (no se entiende el por qué del distingo). Para los supuestos de tiempo de paz (339 nº 2 y 3, 342 y 343 en todos sus números) el legislador distingue entre hipótesis en que el delito se comete en circunstancias especiales (en acto de servicio de armas o con ocasión de él, ante tropa reunida, en otro acto de servicio o con ocasión de él) y otras en que no (*‘los demás casos’*).

¿Afectarán estas conductas significativamente la eficacia de las Fuerzas Armadas? Veamos. Como se dijera más atrás, a propósito de las desobediencias<sup>115</sup>, la obediencia y el respeto a los superiores es fundamental en el cuerpo armado, es la base de la jerarquía militar, y ésta, la base del adecuado funcionamiento del cuerpo. Astrosa Herrera ha dicho: “Sin obediencia o respeto a los superiores no hay subordinación jerárquica, no

---

<sup>115</sup> Vid supra, pág. 84.

hay disciplina, no hay Ejército.”<sup>116</sup> Sin embargo, podrá haber faltas de respeto más graves que otras. Estimo que algunas podrán afectar el bien jurídico militar significativamente y otras no.

Tratándose de los maltratos de obra que se cometen ante tropa reunida y en acto de servicio de armas me parece que se puede afectar significativamente la eficacia del cuerpo armado. Son circunstancias en que el bien jurídico se hace más vulnerable. Así, Astrosa Herrera dice sobre cometerse los delitos ante tropa reunida que ello “le imprime al delito mayor gravedad, por cuanto al desquiciamiento disciplinario que importa el hecho mismo se agrega el relajamiento moral disciplinario que tal acto produce al ejecutarse ante el personal que comprende una tropa en servicio.”<sup>117</sup> Dice el mismo autor de los actos en servicio de armas que “importan actos del más acentuado carácter militar y que, por lo tanto, imponen a sus ejecutores mayor responsabilidad, y es por ello que en los delitos de ultraje a superior tal circunstancia hace aun más calificante el delito que el simple ‘acto del servicio’”.<sup>118</sup> También en el evento que se cause gran conmoción interior o perturbación grave para el servicio (como seguramente ocurrirá en los casos de resultado de muerte y lesiones graves), me parece que existe tal afección del bien jurídico militar. Habrá que ponerse en el caso concreto. Así, por ejemplo, ¿podrá decirse que se ha afectado significativamente la eficacia del cuerpo armado si un soldado, en el silencio de la noche, da muerte a su teniente que paseaba desprevenido, solos los dos? Me parece que se trataría más bien de un delito común.

Los maltratos de obra cometidos ‘en los demás casos’<sup>119</sup> en principio me parece que debieran salir del régimen penal militar e instalarse en el régimen penal común, si llegan a constituir delito. Si no llegan a constituir delito común ni militar (piénsese en las vías de hecho) habrán de quedar bajo el alero de la jurisdicción disciplinaria. El art. 76 n° 10 del RDFA sanciona disciplinariamente las faltas de respeto: Son faltas contra la disciplina “Faltar el respeto a un superior, siempre que el hecho no alcance a constituir delito...” Habrá, de todas formas, que ponerse en el caso concreto y enjuiciar los hechos.

Y las ofensas, ¿afectarán significativamente al bien jurídico militar? Entiendo que hay que seguir el mismo criterio que para el maltrato de obra. Ver en qué contexto se ofendió al superior y la magnitud de la ofensa. Corresponderá ahí, en el caso concreto, decidir si se opta por la vía penal militar o la disciplinaria. El n° 10 del art. 76 del RDFA sigue diciendo: “En consecuencia, se considerarán como faltas: la réplica irrespetuosa, las contestaciones empleando frases o palabras reñidas con la debida cortesía a sus superiores o con la voz airada, la actitud descomedida y, en general, toda acción o palabra que esté en desacuerdo con las acostumbradas entre gente bien educada.”

<sup>116</sup> Op. cit., pág. 481.

<sup>117</sup> Op. cit., pág. 584.

<sup>118</sup> Idem.

<sup>119</sup> Cuando digo ‘en los demás casos’ estoy descartando aquellos que indiqué como de mayor vulnerabilidad para el bien jurídico militar (gran conmoción, gran perturbación, y otros imaginables).

El CJM argentino en esta parte abandona su tendencia disciplinarizadora y se pone más represivo: Art. 657: *“El militar que en acto de servicio de armas o con ocasión de él, maltrata de obra al superior, causándole la muerte o lesiones graves, será reprimido con la pena de muerte o reclusión por tiempo indeterminado. Si el ataque se verifica con empleo de armas u otro instrumento ofensivo, se reprimirá con reclusión por tiempo determinado o prisión, si no resultare daño para el superior o sólo le produjere lesiones leves.”*

Art. 658 CJM argentino: *“Fuera de los casos comprendidos en los dos artículos anteriores, el militar que maltrata de obra a un superior, o le causare lesiones por otros medios, será reprimido con la pena de prisión...”*

Con esto termina el análisis de los tipos penales militares que nos interesan (los del Libro III). Del estudio realizado aparece claro que, comparado el concepto doctrinario y positivo de delito militar, queda un amplio saldo a favor de este último, ya que comprende muchas más conductas de las que acepta el concepto doctrinario. ¿A qué clase de conductas corresponden éstas, que resultan de la resta entre ambos conceptos? Ya lo sabemos: a infracciones disciplinarias militares y delitos comunes. Las que más nos interesan son las primeras, ya que la fijación del límite entre éstas y los delitos militares es el objeto de este estudio.

## Capítulo IV. Crítica de nuestro sistema de justicia militar y posición superadora

Decíamos que del estudio realizado en el capítulo anterior había quedado un saldo a favor del concepto positivo de delito militar frente al concepto doctrinario del mismo. En efecto, gracias al concepto formal y amplio de delito militar que nos proporciona el CJM, ningún problema hay para que se consideren como tales en nuestro sistema vigente delitos cometidos por civiles, delitos en que hay afección de bienes jurídicos comunes (no militares), delitos cometidos por militares en que no hay infracción de deberes militares e infracciones cometidas por militares en que hay violación de deberes militares, pero que no alcanzan a afectar significativamente al bien jurídico militar. Tenemos, por lo tanto, un CJM hipertrófico, una jurisdicción penal militar amplísima, ya que abarca muchas más materias y personas de las que la teoría acepta, acarreado ello perniciosas consecuencias para las garantías de las personas y la eficacia del sistema de administración de justicia, ya que todas estas conductas serán enjuiciadas por tribunales en que no existe la garantía de la imparcialidad ni la de independencia, en que la preparación técnico-jurídica de los jueces (sobre todo en primera instancia) es muy deficiente y en un procedimiento todavía más desquiciado que nuestro ya casi abolido procedimiento inquisitivo.<sup>120</sup>

De esta clase de conductas (delitos impropriamente militares), está nutrida la mayoría

---

<sup>120</sup> Sobre estas perniciosas consecuencias, véase págs. 50 y ss.

de los títulos del Libro III del CJM. Tratándose de los títulos nº II, III, IV, VIII, IX y X pudimos constatarlo rápidamente, después de darles una mirada superficial. Básicamente contienen estos títulos tipos penales de sujeto activo indeterminado, en que no hay infracción de deberes militares, en que el bien jurídico afectado es común y que son sancionados con penas comunes. En suma, básicamente contienen delitos comunes estos títulos, que por una razón política, estratégica, fueron incluidos en este cuerpo legal, para permitir su juzgamiento por los militares.

Los restantes títulos de este Libro (los nº V, VI y VII) fueron los de interés para este trabajo, ya que en ellos podía presentarse la duda de si las conductas que regulaban correspondían a delitos propiamente militares o a infracciones disciplinarias militares. En ellos aparecen tipificadas conductas que, contrariamente a lo que ocurre en los otros títulos, se acercan al concepto doctrinario de delito militar. En efecto, comprenden estos títulos tipos penales de sujeto activo militar, en que aparece clara la infracción de deberes militares (básicamente los de prestar el servicio militar, de obediencia, respeto y disciplina, y deberes de los superiores), en que aparece posible la afeción de la eficacia del cuerpo armado como bien jurídico protegido, y que son sancionados con penas militares. Sin embargo, profundizando un poco se llegó a constatar que en esta parte el CJM también es hipertrófico, ya que comprende muchas conductas que en realidad debieran salir de la órbita penal militar para instalarse en la disciplinaria militar, habiendo además otras tantas que corresponden a delitos comunes y que debieran instalarse en sede penal común.

Esa es la crítica que se merece nuestro CJM, por lo tanto, desde la perspectiva de nuestro estudio: su regulación hipertrófica, en que lo menos que encontramos son delitos propiamente militares, con todas las perniciosas consecuencias que ello acarrea en materia de garantías para las personas y eficacia del sistema de administración de justicia.

En lo que sigue se aprovechará el análisis de estos títulos (V, VI y VII), que se hiciera en el capítulo anterior, organizando en cinco grupos las conductas por ellos reguladas como delitos militares. Con ello se sistematizará el estudio ‘tipo por tipo’ realizado, se espera aportar claridad y se permitirá delinear más organizadamente la posición personal de superación que se propone.<sup>121</sup>

Los grupos de conductas son:

Conductas que corresponden a delitos propiamente militares.

Conductas que corresponden a infracciones disciplinarias militares.

Conductas que pueden corresponder a delitos propiamente militares o a infracciones disciplinarias militares, según las circunstancias.

Conductas que pueden corresponder a delitos propiamente militares o a delitos comunes, según las circunstancias.

Conductas que corresponden a delitos comunes.

Conductas que debieran incluirse como delitos propiamente militares.

---

<sup>121</sup> En cada conducta agrupada se incluirá la página de esta investigación en que se la trató para facilitar su consulta.

**Grupo nº 1: Conductas que corresponden a delitos propiamente militares.**

Motín. Arts. 272 y 273. (Pág. 60 y ss.).

Abandonar el centinela su puesto o embriagarse en él. Art. 300. (Pág. 67 y ss.).

Abandono de destino o residencia. Art. 308 y 310. (Pág. 72 y ss.).

Deserción. Art. 314 y 317. (Pág. 74 y ss.).

Usurpación y prolongación de atribuciones. Art. 327. (Pág. 76 y ss.).

Corresponden estas conductas a delitos propiamente militares, que son considerados como tales en los sistemas comparados y que debieran subsistir en una nueva regulación. Se trata de graves infracciones a los más importantes deberes militares, que comprometen la eficacia de las fuerzas armadas para su potencial trabajo de guerra, como se viera en cada caso.

**Grupo nº 2: Conductas que corresponden a infracciones disciplinarias militares.**

Automutilación. Art. 295. (pág. 64 y ss.).

Faltar el oficial a 15 listas dentro de 12 meses consecutivos. Art. 313. (Pág. 74).

Faltar el individuo de tropa o de tripulación a 20 listas en el lapso de 12 meses consecutivos. Art. 322 nº 1. (Pág. 76).

Maltrato de obra a inferiores que no cause lesiones. Art. 331 nº 4. (Pág. 79).

Maltrato de obra a superiores (ultraje) que no cause lesiones. Art. 342. (Pág. 87 y ss.).

Estas conductas, a mi juicio, corresponden a infracciones a los deberes militares que se quedan en la sola infracción del deber, sin alcanzar a comprometer la eficacia de las Fuerzas Armadas, o al menos, no significativamente.

**Grupo nº 3: Conductas que pueden corresponder a delitos propiamente militares o a infracciones disciplinarias militares, según las circunstancias.**

Sacar fuerza armada de una plaza, destacamento, cuartel o establecimiento militar. Art. 277. (Pág. 62 y ss.).

No mantener la debida disciplina en las tropas de su mando o no proceder con la energía necesaria para reprimir cualquier delito militar. Art. 299 nº 1. (Pág. 66).

Faltar el centinela a su consigna o dejarse relevar por otro. Art. 301. (Pág. 69).

Dormirse el centinela en su puesto, siempre que no pueda atribuirse a embriaguez voluntaria. Art. 302. (Pág. 69 y ss.).

Abandono de servicio. Arts. 304, 305 y 306. (Pág. 70 y ss.)

Desobediencias e inobediencias. Art. 337 nº 2 y 3; y 336 nº 2 y 3, respectivamente. (Pág. 81 y ss.).

Ofensas a un superior. Art. 343. (Pág. 87 y ss.).

Tratándose de estas conductas estimo que no puede decirse a priori si corresponden

a delitos militares o a infracciones disciplinarias militares. Habrá que ver la conducta desde cerca, ponerse en el caso concreto y examinar desde ahí si puede decirse que el bien jurídico haya peligrado. Ayudará en esta valoración el establecimiento ex ante, por el legislador, de circunstancias especiales de vulnerabilidad para el bien jurídico, como el cometerse el delito ante tropa reunida, en acto de servicio de armas, en acto de servicio, la reincidencia, etc.; y la exigencia de resultados determinados, como perturbación para el servicio, gran conmoción interior, desquiciamiento disciplinario, relajamiento moral en la tropa, etc. Entonces, si se despliega la conducta concurriendo estas circunstancias o produciéndose estos resultados tendremos delito propiamente militar; si así no ocurre, sólo tendremos una infracción disciplinaria.

**Grupo nº 4: Conductas que pueden corresponder a delitos propiamente militares o a delitos comunes, según las circunstancias.**

Maltratos de obra a inferiores que causen la muerte o lesiones. Art. 331 nº 1, 2 y 3. (Pág. 78 y ss.).

Maltratos de obra a superiores (ultraje) que causen la muerte o lesiones. Art. 339 y 342. (Pág. 86 y ss.).

Frente a estas conductas tampoco me parece que pueda decirse de antemano si se trata de un delito militar o de un delito común. La técnica para valorar la conducta debe ser la misma que la propuesta para el grupo anterior: establecer circunstancias especiales de comisión como las señaladas atrás (y que importen una situación de vulnerabilidad para el bien jurídico militar) y determinados resultados (que evidencien la afcción del bien jurídico). Así, las conductas (maltratos en este caso) serán delitos militares si se dan tales circunstancias o resultados y serán delitos comunes si no se dan, por no poder decirse que hayan afectado o puesto en peligro al bien jurídico militar.

**Grupo nº 5: Conductas que corresponden a delitos comunes.**

Ultraje a centinelas y al Ejército. Art. 281 y ss. (Pág. 63 y ss.).

Violencias innecesarias. Art. 330. (Pág. 80 y ss.).

Se trata simplemente de delitos comunes que afectan bienes jurídicos comunes y que de seguro han sido regulados en el CJM por el interés en que su juzgamiento quede entregado a los tribunales militares.

**Grupo nº 6: Conductas que debieran incluirse en el CJM como delitos propiamente militares.**

Maltratos psicológicos graves a inferiores. (Pág. 79 y ss.).

Por lo dicho en su momento, debiera esta conducta figurar en el CJM como delito propiamente militar.

Con lo anterior queda clara la hipertrofia de nuestro sistema en esta parte. Se regulan como delitos militares muchas conductas que en realidad son (o pueden ser) infracciones disciplinarias militares o delitos comunes. La superación va por la vía de que cada conducta sea regulada en la sede que le corresponde y, con ello, juzgada por la autoridad, con el procedimiento y con las sanciones que corresponda. A nosotros nos interesa el límite entre lo penal militar y lo disciplinario militar, y la superación, en este

aspecto, consiste en determinar qué es lo que debiera quedar en el CJM como delito militar y qué lo que debiera salir de este cuerpo legal para instalarse en el RDFA como infracción disciplinaria militar.

Para saber qué es lo que debiera quedar en el CJM y qué lo que debiera marcharse, el punto de partida lo constituye el concepto doctrinario de delito militar, pues es, precisamente, el que nos dice qué conductas deben ser consideradas tales: los comportamientos realizados por un militar mediante la infracción de específicos deberes militares, que importen la afcción significativa de la eficacia de las Fuerzas Armadas.

En esta categoría se encuentran las conductas incluidas en el grupo n° 1: conductas reguladas por el CJM que corresponden a delitos propiamente militares. Se trata de infracciones graves a los más altos deberes militares, que aquí y en todas partes (o en la mayoría de los sistemas) son delitos militares. Tratándose de delitos como éstos, de delitos militares 'clásicos', me parece que se justifica la represión penal militar aunque se configuren en los tipos como delitos formales (en que no se exige la producción de resultado) y aunque no acompañen a la conducta circunstancias especiales de vulnerabilidad para el bien jurídico militar (como cometerse ante tropa reunida o en acto de servicio de armas). Estimo que todas estas conductas, de naturaleza netamente militar, por la gravedad que revisten afectan por sí solas la capacidad del cuerpo armado para desarrollar un eventual trabajo de guerra exitoso.

Tanto como el CJM contempla conductas que corresponden efectivamente a delitos propiamente militares, contempla otras que a mi juicio deben descartarse de inmediato como pertenecientes a dicha categoría y salir por lo tanto del CJM. Son las incluidas en el grupo n° 2: conductas que corresponden a infracciones disciplinarias militares.<sup>122</sup> Se trata de conductas en que existe infracción de deberes militares trascendentes, como los de respeto, disciplina, prestar el servicio militar, pero en que o bien la infracción no es grave (como faltar a las listas o un maltrato menor), o en que siéndolo, no alcanza a afectar la eficacia del cuerpo armado para su eventual trabajo de guerra, o no alcanza a hacerlo significativamente (como se argumentara al tratar cada una de estas conductas). Por ello es que me parece que tales infracciones no alcanzan a calificar como delitos militares y deben quedar bajo el alero de la potestad disciplinaria.

Las conductas que presentan dificultades para su encasillamiento dentro de una u otra categoría son las incluidas en el grupo n° 3: conductas que pueden corresponder a delitos propiamente militares o a infracciones disciplinarias militares, según las circunstancias. Se trata de conductas en que existe infracción de los más importantes deberes militares, pero en que el análisis de su gravedad y consecuente daño o peligro para la eficacia del cuerpo armado requerirá ponerse en el caso concreto y ver el contexto en que el comportamiento se desplegó. A mi juicio estas solas conductas desnudas, como desobedecer, abandonar el servicio, sacar fuerza armada, ofender al superior, no nos dicen mucho acerca de su naturaleza: si penal o disciplinaria. No se trata de conductas como el motín o la desertión en que uno puede de inmediato decir que se trata de un delito militar; también parece difícil poder decir de inmediato que se trata de infracciones disciplinarias. Me parece que dependiendo del contexto, de las

---

<sup>122</sup> Por supuesto que también deben descartarse de inmediato las del grupo n° 5, correspondientes a delitos comunes.

circunstancias en que verifiquen estas conductas podremos decir si se trata de las unas o de las otras. Y este contexto, estas circunstancias, deben ser dadas por el legislador de antemano, como una exigencia mínima de seguridad jurídica. ¿A qué contextos me refiero? Ya lo he dicho antes: a circunstancias especiales de comisión del delito que impliquen una situación de vulnerabilidad para el bien jurídico (como cometerse ante tropa reunida, en acto de servicio de armas,<sup>123</sup> en una expedición u operación militar, por un funcionario al mando); y a exigencias resultativas determinadas, que hagan ostensible su lesión (como producir el delito gran conmoción interior, consecuencias graves para el servicio militar, relajamiento moral, desquiciamiento disciplinario, etc.).

¿Nos proporciona nuestro legislador circunstancias y exigencias resultativas tales tratándose de estas conductas ‘dudosas’? Sí, lo hace, pero no del modo como más quisiéramos. Para el tiempo de paz prevé en algunos tipos circunstancias especiales de vulnerabilidad, como cometerse el delito ante tropa reunida o en acto de servicio de armas. Eso es lo que hace por ejemplo al tratar el ultraje a superiores (Art. 339 nº 2 y 342 nº 1) o al enunciar las circunstancias agravantes (art. 213 nº 1 y 3: “*En los delitos militares se considerarán circunstancias agravantes para los militares, además de las contempladas en el Código Penal, las siguientes: 1º Perpetrarlo estando en acto de servicio de armas...; 3º Ejecutarlo ante tropa reunida.*”). En otras ocasiones se refiere expresamente al daño producido por el delito, como al tratar las desobediencias e inobediencias, donde en sus arts. 336 nº 2 y 337 nº 2 exige la producción de perjuicios graves para la calificación del delito, o el mismo art. 213, donde su nº 1 considera circunstancia agravante perpetrar el delito “*con daño o perjuicio del servicio.*”

Nuestro CJM, entonces, sí contempla circunstancias especiales de comisión y exigencias resultativas, pero tales circunstancias y exigencias lo que hacen es calificar el delito o agravar la pena; no son ellas fundamento de incriminación de la conducta, que es lo que aquí se propone. Para el código, por ejemplo, cométase el ultraje a un superior ante tropa reunida o no, la conducta será delito, aunque haya pasado completamente desapercibida para el cuerpo armado y con ello no haya podido comprometer un ápice la eficacia del mismo. En cambio, lo que propongo es que dicho ultraje sólo sea punible en tanto se cometa ante tropa reunida, o en tanto se cometa en acto de servicio de armas, o cause gran conmoción interior, o desquiciamiento disciplinario general, etc., es decir, en tanto efectivamente pueda decirse que existió un contexto de peligro concreto o de notoria vulnerabilidad para la eficacia del cuerpo armado o una lesión efectiva para la misma. Por eso es que el código contempla estos contextos ‘no del modo como más quisiéramos’. Quisiéramos que estas conductas de las que hablamos tuvieran por fundamento de incriminación (y no por calificante o agravante) estas circunstancias o estas exigencias resultativas. Sólo ahí entendemos que el bien jurídico militar puede haber sido puesto en peligro o haber sido dañado efectivamente, sólo ahí entendemos que puede haber delito militar en estos casos.

Hemos dicho que algunas conductas son indudablemente infracciones disciplinarias militares (grupo nº 2) y hemos insinuado que otras lo son después de decidir que en

---

<sup>123</sup> Astrosa Herrera ya se ha referido a por qué cuando se comete el delito ante tropa reunida o en acto de servicio de armas el bien jurídico militar se hace más vulnerable. Vid supra, pág. 88.

realidad no son delitos militares (conductas residuales del grupo nº 3). Así lo hemos hecho tomando como base el concepto doctrinario de delito militar, que exige para estar en su presencia, la afección significativa de la eficacia del cuerpo armado. Ese es precisamente el requisito que las conductas del grupo nº 2 y las residuales del grupo nº 3 no cumplen. Tienen ellas otros puntos de contacto con el delito militar, como el sujeto activo militar y la infracción de deberes militares, pero el aspecto en el que se alejan de esta noción es aquel referido a la afección significativa de la eficacia del cuerpo armado. Entonces, el hecho de que no importen tal afección significativa es lo que nos proporciona el límite entre unas y otras conductas, entre uno y otro ilícito, entre lo penal militar y lo disciplinario militar. En ocasiones será más simple fijar el límite o, lo que es lo mismo, será más simple decidir si la conducta que tenemos entre manos es delito o infracción disciplinaria; así ocurrirá con conductas en que aparezca indubitada la afección del bien jurídico (grupo nº 1) y con aquellas en que aparezca indubitada su imposibilidad de afección significativa (grupo nº 2). En otros casos será más difícil hacerlo (grupo nº 3) y habrá de recurrirse a criterios que nos den luz sobre la potencialidad de la conducta para vulnerar el bien jurídico. Es lo que he hecho al hablar de ‘circunstancias especiales de comisión’, que hacen vulnerable al bien jurídico, y de ‘exigencias resultativas determinadas’, que hacen ostensible su afección. Esos son los criterios que he escogido tratándose de conductas ‘dudosas’ para poder determinar, en el caso concreto, la naturaleza del ilícito. Lo que ocurre con estas conductas ‘dudosas’ es que de antemano sabemos que para que puedan ser delito deben afectar significativamente el bien jurídico, pero lo que no sabemos es cuándo poder decir que realmente se lo ha afectado. Con esa mecánica juegan los criterios que he aportado: diciéndonos que la concurrencia de tales circunstancias o resultados es la huella de la afectación significativa del bien jurídico. Dándose tales circunstancias o resultados en las conductas ‘dudosas’ tendremos delito militar, pues hay ahí la huella de una afección significativa; no dándose, no podremos menos de tener una infracción disciplinaria militar, pues sigue existiendo infracción grave del deber militar, pero sin huella de afección significativa del bien jurídico.<sup>124</sup>

Las conductas del grupo nº 2 y las residuales del nº 3, entonces, son infracciones disciplinarias militares porque no afectan significativamente la eficacia del cuerpo armado. Es decir, las hemos categorizado por comparación con el concepto de delito militar. Ahora, ¿se corresponderán estas conductas con el concepto de infracción disciplinaria militar que hemos dado? Antes de responder hay que hacer una precisión, pues tal concepto se encuentra todavía incompleto, al menos formalmente.

Hemos dicho que la infracción disciplinaria militar es una infracción propia del cargo de militar, que supone el incumplimiento de deberes militares, sancionada con una pena específica por un órgano no judicial (militar) y a través de un procedimiento peculiar (disciplinario militar). Digo que este concepto está incompleto porque le falta decidirse sobre si el ilícito disciplinario militar es solamente una infracción del deber o puede importar una lesión menor del bien jurídico, no significativa, tangencial. Es la respuesta

---

<sup>124</sup> Cuando la duda que se plantea es la de si la conducta corresponde a un delito militar o a un delito común (grupo nº 4) estimo, como ya lo expusiera más atrás, que deben emplearse idénticos criterios para zanjar la cuestión. Habrá delito militar en tanto la conducta se despliegue en un contexto de especial vulnerabilidad para el bien jurídico militar o en tanto se produzcan resultados determinados que hagan ostensible su lesión. Si así no ocurre, el delito será común.

que formalmente se debe desde hace ya varias páginas,<sup>125</sup> sobre la opción entre un criterio meramente cualitativo o mixto de diferenciación entre la infracción disciplinaria militar y el delito militar, pero que a lo largo de la investigación ya se ha venido respondiendo. Si se opta por un criterio cualitativo se dirá que la infracción disciplinaria militar, por su diferencia esencial con el delito militar, no puede importar jamás la infracción de un bien jurídico militar, ni siquiera leve. Para tal criterio la definición de más arriba está completa: la infracción disciplinaria se queda en la sola infracción del deber. El criterio mixto, en cambio, nos dice que si bien participa de la idea de la distinta naturaleza entre una y otra clase de ilícitos, en algunas ocasiones la afección del bien jurídico se presenta de un modo tan menor, tan leve, que, por una razón de política criminal (y desechando la dogmática rígida), conviene considerar a tal ilícito como infracción disciplinaria y no como delito, sustrayendo tal infracción de la persecución penal y de todas sus consecuencias negativas.

Como decía, a lo largo del trabajo ya se ha optado por este criterio mixto. Se ha dicho que las infracciones disciplinarias militares no afectan al bien jurídico militar o no lo hacen *significativamente*. Se ha tolerado, entonces, que una de tales infracciones pueda afectar al bien jurídico militar (pero sólo levemente). Es el criterio que me parece más adecuado en esta materia, sobre todo por la dificultad para definir la afección del bien jurídico militar en tiempo de paz. En tiempo de paz, en que lo que se cautela es la eficacia potencial del cuerpo armado para su eventual trabajo de guerra, será muy difícil decir cuándo se ha afectado al bien jurídico y cuándo no, por su carácter potencial, no actual.<sup>126</sup> Es ahí, entonces, que ayuda un criterio como el mixto, que permite cierta libertad de movimiento en este escenario difuso.

Así, por ejemplo, alguien podría decir que cuando un centinela se deja relevar por otro (conducta ‘dudosa’) se afecta la eficacia del cuerpo armado (aunque el hecho se produzca sin concurrir ninguna circunstancia especial de vulnerabilidad para el bien jurídico ni se produzca ningún resultado ostensible de daño) porque con ello se quiebra la compleja maquinaria de la estructura militar, importando una merma de su capacidad potencial. El criterio mixto puede responder: es cierto, en alguna medida tal conducta afecta la eficacia potencial del cuerpo armado, pero lo hace de un modo tan menor que no se justifica la represión penal de la conducta; tomémosla como una infracción disciplinaria militar por la poca intensidad de su lesión. Desde la postura que propongo se dirá que esta conducta no es delito militar, ya que no se dieron circunstancias especiales de vulnerabilidad ni resultados determinados de daño; y le servirá el criterio mixto, ya que podrá decir que en estas condiciones no puede sostenerse que se haya afectado el bien jurídico militar, o al menos no puede decirse que se lo haya afectado *significativamente* (para el caso de duda). Criterio mixto y mi postura, entonces, se hermanan en esta perspectiva flexible y volcada al caso concreto.

Optando por el criterio mixto nuestro concepto de infracción disciplinaria militar se

---

<sup>125</sup> Vid. supra pág. 45.

<sup>126</sup> Es lo que he intentado resolver al exigir circunstancias especiales de vulnerabilidad y resultados determinados de lesión como criterios de definición de la afección del bien jurídico militar.

abulta un poco, pues ahora la infracción disciplinaria militar sigue suponiendo el incumplimiento de deberes militares, pero además puede suponer la afección leve, no significativa, del bien jurídico militar.

Respondamos ahora, después de esta precisión, la pregunta que formuláramos más atrás: ¿Se corresponden las conductas del grupo nº 2 y las residuales del nº 3 con el concepto de infracción disciplinaria militar?

Sí, lo hacen. Se trata nada más de infracciones de los deberes militares que atentan contra el orden interno de la institución militar, sin comprometer (o al menos no significativamente) el valor vital que es el bien jurídico militar. Si algo afectan estas conductas eso es la disciplina militar, y por ello sólo merecen ser reprimidas por las autoridades de la institución militar a quienes corresponda el ejercicio de la potestad disciplinaria y con las sanciones propias de esta jurisdicción. Incluso, muchas de estas conductas ya se encuentran contempladas expresamente en el RDFA como faltas a la disciplina y las demás son fácilmente subsumibles dentro de otras, lo que nos habla de su verdadera naturaleza.

Así ocurre, por ejemplo, con el abandono de servicio. El art. 76 nº 5 dice que son faltas a la disciplina: *“Permanecer arbitrariamente fuera del servicio o excederse en un permiso, siempre que ello no alcance a constituir desertión, abandono de servicio o abandono de destino o residencia.”* ¿Puede alguien decir en qué se diferencia esta conducta de la regulada en el art. 306, que sanciona los abandonos de servicio desnudos (*‘en cualquier otro caso’*)?<sup>127</sup> ¿No se trata de la misma conducta regulada dos veces?

Lo mismo pasa con la conducta del art. 299 nº 1, consistente en *“no mantener la debida disciplina en las tropas de su mando o no proceder con la energía necesaria para reprimir cualquier delito militar”*. Tal conducta es fácilmente subsumible en el nº 3 del art. 76 RDFA: *“Evadir las medidas represivas contra los subalternos culpables de actos que perjudiquen el servicio o lesionen la disciplina.”* ¿Qué es lo que diferencia a esta primera conducta con la segunda, que la constituye en un delito, acompañado de la correspondiente sanción penal?

También ocurre con las inobediencias desnudas (*‘en los demás casos’*), que en el art. 336 nº 3 merecen privación de libertad y en el 76 nº 12 del RDFA no. Art. 76 nº 12: *“No cumplir una orden superior relativa a asuntos del servicio, siempre que no constituya delito.”* ¿En qué se diferencia este *no cumplir* de aquel otro *no cumplir*?

¿Qué diferencia a la ofensa al superior del art. 343 nº 2 (*‘en los demás casos’*) con la falta de respeto del art. 76 nº 10 del RDFA? Art. 76 nº 10: *“Faltar el respeto a un superior, siempre que el hecho no alcance a constituir delito”*.

Lo mismo ocurre con las demás conductas del grupo nº 2 (automutilación, faltar a las listas, maltratos sin lesiones) y con las demás residuales (desnudas) del grupo nº 3 (infracciones de centinela y desobediencias); ocurre que sin esfuerzo pueden encontrarse reguladas en el art. 76 del RDFA como faltas a la disciplina, y ello es así porque esa es su verdadera naturaleza.

---

<sup>127</sup> Cuando digo ‘desnudo’ me refiero a la sola conducta desplegada, sin que medien circunstancias especiales de vulnerabilidad ni resultados dañosos determinados exigidos por el tipo.

El que sean reguladas en doble sede es muy grave, porque ello permite su consideración como delito militar y, por lo tanto, su juzgamiento y sanción como tal. Es el juez institucional al que corresponde decidir cómo considerar a la conducta, si delito militar o infracción disciplinaria militar. El art. 132 del CJM dice: *“El Juez Institucional que tome conocimiento, ya por denuncia, ya por requerimiento del Fiscal General Militar o de otro modo, de haberse cometido un hecho punible, decretará la formación de un sumario para su investigación y castigo, salvo que estime que el hecho merece sólo una sanción disciplinaria o constituye una mera falta.*

*En este último caso, devolverá los antecedentes a la autoridad administrativa correspondiente para la aplicación de las medidas disciplinarias que se estimen conducentes.”*

A su turno, el art. 33 del RDFA dice: *“Los superiores a quienes este Reglamento confiere atribuciones disciplinarias, castigarán todas las faltas contra el orden y la disciplina cometidas por Oficiales, Empleados Militares, (...), que no alcancen a constituir delitos penados por el Código de Justicia Militar.*

*En caso de duda respecto de si un hecho constituye delito o mera falta disciplinaria, sin perjuicio de la sustanciación de la investigación sumaria administrativa correspondiente, se enviará copia autorizada del parte correspondiente al Juzgado Militar o de Aviación que corresponda, a fin de que resuelva lo que proceda, de conformidad al artículo 132 del Código de Justicia Militar.*

*Si este Tribunal declara que el hecho constituye una mera falta, el Jefe de la Repartición o Unidad a que pertenezca el inculpado lo sancionará de acuerdo con las prescripciones del presente Reglamento.”*

Con una regulación sensata, que delimitara claramente la órbita de lo penal militar y de lo disciplinario militar, estas infracciones disciplinarias de más arriba no correrían el riesgo de ser arrancadas de su sede natural y estarían sujetas siempre al procedimiento que les corresponde (disciplinario militar) y a las sanciones que les corresponden (disciplinarias militares), procedimiento y sanciones que son los idóneos para su juzgamiento y castigo.

Escapa al objeto de este estudio realizar un análisis del procedimiento disciplinario militar y de las sanciones disciplinarias militares que establece el RDFA,<sup>128</sup> pero baste decir que al menos el procedimiento disciplinario militar es concentradísimo y expedito,<sup>129</sup> lo que resulta idóneo para la represión de las indisciplinas (como no lo resulta el

---

<sup>128</sup> Para un estudio detallado del régimen disciplinario militar vigente en nuestro país, véase Villalón Aguirre, Matías, op cit.

<sup>129</sup> Dos normas del RDFA concentran la base de este procedimiento: Art. 34: *“Las faltas se castigan de acuerdo con las atribuciones disciplinarias de que está investido cada superior y con arreglo a su propio juicio. Los Oficiales con facultades disciplinarias deben proceder con rectitud, moderación y elevado espíritu de justicia para garantizar ampliamente la firmeza en la resolución y la absoluta corrección en el procedimiento.”* Art. 35: *“Cuando la falta no conste hasta la evidencia por la propia observación, por un parte oficial o por la confesión del culpable, y, en general, siempre que existan dudas sobre los hechos o el grado de culpabilidad, deberá ser esclarecida por medio de actuaciones, que pueden ser verbales o escritas. El superior, antes de hacer uso de sus atribuciones disciplinarias, deberá conocer la defensa o justificación del acusado.”*

procedimiento penal militar en tiempo de paz, que es muy similar al procedimiento penal inquisitivo nuestro); y que las sanciones disciplinarias que contempla<sup>130</sup> son las idóneas para el mismo objeto: la represión de las indisciplinas (como no lo son las sanciones penales).

Está clara, entonces, la crítica que puede hacerse de nuestro sistema de justicia militar desde la perspectiva de nuestro estudio: la escandalosa hipertrofia del CJM, que hace caber dentro de su abrazo muchas conductas que en realidad constituyen infracciones disciplinarias militares y no delitos militares.

Y está claro también cuál es el camino de superación: la regulación de cada ilícito en la sede que corresponde, atendida su naturaleza, para así permitir su juzgamiento con el procedimiento y con las sanciones que sean idóneas, atendida su naturaleza. Siguiéndose este camino no podrá menos de ocurrir que se estrechará la órbita penal militar y correlativamente se extenderá la disciplinaria militar.

Los principios garantistas del derecho penal moderno se encuentran del lado de esta crítica y de este camino. Nos dicen estos principios que el control penal sólo debe utilizarse respecto de hechos muy precisos y determinados (fragmentariedad), que constituyan ataques significativos a los bienes jurídicos (lesividad), únicamente cuando las demás herramientas idóneas posibles hayan fallado (*ultima ratio*) y cuidando que entre injusto y sanción exista una proporción adecuada.

Ninguno de estos extremos satisface el CJM en esta parte: utiliza el control penal militar para un número desmesurado de hechos, de los que muy pocos importan ataques significativos al bien jurídico militar; reserva para sus tribunales el juzgamiento de todas estas conductas, desechando la aplicación de herramientas más idóneas, como la jurisdicción disciplinaria militar; y, finalmente, sanciona penalmente injustos que no hacen más que atentar contra intereses administrativos (no penales).

---

<sup>130</sup> Que son en general las mismas que contemplan los reglamentos de este tipo, como las de retiro, arresto militar hasta por dos meses, amonestación, suspensión del empleo, disponibilidad, prestar servicios especiales, prestar servicios extraordinarios, etc. (Art. 49 y ss. del RDFA).



## Capítulo V. Conclusiones

¿Por qué este trabajo se ha propuesto fijar el límite entre lo penal militar y lo disciplinario militar? Se lo ha propuesto porque éste no está claro para nuestra legislación, lo que permite que conductas que en verdad corresponden a infracciones a la disciplina militar sean tratadas como delitos militares, siendo ello muy grave, ya que así se las sustrae del juzgamiento por las autoridades, con el procedimiento y con las sanciones que les corresponde, atendida su naturaleza.

La fijación de este límite es una tarea compleja. Los militares deben cumplir una serie de deberes específicos y el incumplimiento de éstos es sancionado, tanto por normas penales como por normas administrativas (disciplinarias). ¿Cuándo el incumplimiento de estos deberes merece una sanción penal y cuándo una disciplinaria?, ¿cuándo el incumplimiento es delito y cuándo infracción disciplinaria? Hay que buscar un criterio delimitador, y parece razonable hacerlo echando mano del elemento más distintivo del delito: el bien jurídico. Para que haya delito debe haber un atentado a un bien jurídico y, todavía más, este atentado debe ser significativo, de acuerdo a los principios garantistas indiscutidos del derecho penal de estos días.

Parece simple con esto responder a la pregunta de más arriba: el incumplimiento de los deberes militares constituye delito cuando ello lesiona significativamente el bien jurídico militar. Los incumplimientos de deberes militares que no importen tal atentado significativo serán entonces infracciones disciplinarias militares.

Sin embargo, esta formulación debe ser llenada de contenido, porque, primero, no sabemos qué es el bien jurídico militar y, segundo, no sabemos qué condiciones debe

reunir este incumplimiento de deberes militares para poder decir que importa un atentado significativo del mismo. Entre nosotros esta labor se hace compleja, ya que el cuerpo legal llamado a dar contenido a esta formulación, el CJM, que es al que corresponde ocuparse de los atentados al bien jurídico militar, sólo nos proporciona sombras. Así ocurre, pues nos dice que es delito militar cada una de las conductas recogidas en su texto, y su texto recoge, además de algunas conductas que en definitiva califican como delito militar, otras que aparecen como simples infracciones a la disciplina militar (incluso reguladas también en el reglamento de disciplina) y otras que constituyen claros atentados contra bienes jurídicos comunes. El código de los delitos militares no nos dice qué es delito militar y, con ello, no nos dice cuál es el bien jurídico protegido por el mismo y menos qué elementos pueden orientarnos en la definición de su atentado.

Es a los teóricos, entonces, y especialmente al legislador del futuro (o del presente) a quienes corresponde proporcionar estos contenidos, que son los que permitirán distinguir materialmente lo penal militar de lo disciplinario militar. Es lo que he procurado hacer en este trabajo, elaborando, en primer lugar, una definición de ‘bien jurídico militar’. Tal tarea la he realizado sobre la base de la función esencial que a las Fuerzas Armadas encomienda la Constitución, diciendo que el bien jurídico militar es la eficacia del cuerpo armado, entendida como su capacidad para lograr el efecto de protección de la seguridad exterior. En segundo lugar, he intentado determinar qué conductas pueden afectarlo significativamente, al punto de poder considerarlas delitos militares. He dicho que en tiempo de paz tal determinación es más compleja que en tiempo de guerra, ya que en el primero la eficacia del cuerpo armado adquiere una dimensión potencial (no actual), lo que hace menos visibles los ataques a la misma. Con todo, aunque sean menos visibles igualmente existen, en unos casos más claramente que en otros, como en los que he denominado delitos militares ‘clásicos’ (atentados gravísimos a los más importantes deberes militares), considerados como tales por la generalidad del derecho comparado tanto para el tiempo de guerra como para el de paz.

Para los casos menos claros, aquellos en que se presenta la duda sobre si la conducta puede importar tal afección significativa (al punto de constituir un delito militar) o no (constituyendo una sola falta a la disciplina), he dicho que el legislador debe proporcionar, como una exigencia básica de seguridad jurídica, criterios claros de definición del atentado al bien jurídico, que nos permitan saber si la conducta de que se trata es un delito o una infracción disciplinaria. Los que aquí he propuesto son el de ‘circunstancias especiales de comisión’ (que hacen vulnerable al bien jurídico) y el de ‘exigencias resultativas determinadas’ (que hacen ostensible su lesión). El que la conducta dudosa se despliegue acompañada de estas circunstancias o de estos resultados será la huella de la afección significativa del bien jurídico. La sola conducta desnuda no será más que una infracción disciplinaria militar, por no dejar su despliegue huella alguna de tal afección.

Sólo siguiendo un camino como el descrito, en que se establezca claramente el objeto de protección del derecho penal militar, y en que se proporcionen criterios claros de definición del atentado significativo del mismo podremos establecer el límite entre lo penal militar y lo disciplinario militar, escalón primero para la superación de la desquiciada regulación del CJM en esta parte.

---



---

## Bibliografía

- Astrosa Herrera, Renato, “Código de Justicia Militar Comentado”, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1985.
- Astrosa Sotomayor, Renato, “Jurisdicción Penal Militar”, Editorial Jurídica de Chile, 1973.
- Bustos Ramírez, Juan, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, segunda edición, Editorial Ariel, 1991.
- Couso Salas, Jaime, “Competencia de la Justicia Militar. Una Perspectiva Político-Criminal”, en “Hacia una Reforma de la Justicia Militar”, Cuaderno de análisis jurídico nº 13, Escuela de derecho Universidad Diego Portales, de Mera, Jorge (editor), 2002.
- Cury Urzúa, Enrique, “Derecho Penal”, Parte General, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- de Querol y Lombardero, José Francisco, Revista Española de Derecho Militar, número julio-diciembre, 1995.
- Duce Julio, Mauricio, “El Derecho a ser Juzgado por un Tribunal Independiente e Imparcial y la Justicia Militar Chilena”, en “Justicia Militar y Estado de Derecho”, Cuadernos de Análisis Jurídico nº40, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, de Mera, Jorge (editor), 1998.
- Garrido Montt, Mario, “Derecho Penal, Parte General”, tomos I y II, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

- Horvitz, María Inés, “La Justicia Militar: Justificación, Competencia y Organización en el Derecho Comparado. Los Principios de Independencia e Imparcialidad en la Organización de los Tribunales Militares Chilenos”, en “Justicia Militar y Estado de Derecho”, Cuadernos de Análisis Jurídico nº 40, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, de Mera, Jorge (editor), 1998.
- Mera Figueroa, Jorge, “Razones Justificadoras y Ámbito de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempo de Paz”, en “Justicia Militar y Estado de Derecho”, Cuadernos de Análisis Jurídico nº 40, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, de Mera, Jorge (editor), 1998.
- Mera Figueroa, Jorge, “La Parte Especial del Derecho Penal Militar Chileno”, en “Hacia una Reforma de la Justicia Militar”, Cuadernos de Análisis Jurídico nº 13, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, de Mera, Jorge (editor), 2002.
- Nevado Moreno, Pedro, “La función Pública Militar”, Editorial Marcial Pons, 1977.
- Nieto García, A., “Problemas capitales del derecho disciplinario”, RAP, Nº 63, 1970.
- Silva Bascuñán, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo IX, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Verdugo Marinkovic, Mario; Pfefffer Urquiaga, Emilio; Nogueira Alcalá, Humberto, “Derecho Constitucional”, tomo II, segunda edición, 1999.
- Villalón Aguirre, Matías, “Rescatando al Régimen Disciplinario Militar”, en “Hacia una Reforma de la Justicia Militar”, Cuaderno de análisis jurídico nº 13, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, de Mera, Jorge (editor), 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y Cavallero, Ricardo Juan, “Derecho Penal Militar”, Editorial Ariel, 1980.