

sentencia dictada en primera instancia cabe la apelación, pero no la revisión, y en que en la Ley y en las condenas las penas se califican, añadiendo la palabra disciplinaria.

Compárense los textos siguientes :

Código penal del Imperio, § 266.

Serán castigados como culpables de infidelidad con la pena de prisión y privación de derechos civiles, ó sólo con la primera : 1.º, los tutores, curadores, administradores de bienes, etc., cuando obren en daño de la persona ó de los bienes que les están confiados. Véase la Ley sobre las Cajas de socorros de 1.º de Abril de 1884, § 32 ; Ley sobre los seguros contra los accidentes de 6 de Julio de 1884, § 26 ; Ley sobre los seguros contra las enfermedades y la vejez de 22 de Junio de 1889, § 59 ; véase Código de comercio, artículo 239 ; Ley sobre las Sociedades de 1.º de Mayo de 1889, § 140.

Sería difícil encontrar una diferencia real entre los delitos antes indicados del administrador de bienes y el delito disciplinario del notario. En cuanto á los Jueces es preciso consultar ahora la Ley bávara disciplinaria de 26 de Marzo de 1881.

La situación de los Abogados se regula por la Ley de 1.º de Julio de 1878, Gac. del Imp., pág. 177 (1). El Abogado debe desempeñar sus funciones cumplidamente y á conciencia, y merecer la estimación que su posición exige por su conducta, tanto en el ejercicio de sus funciones como fuera de él. Ley § 28 : véase sobre sus deberes, §§ 29 á 45, y sobre todo el § 31. El Abogado que no cumple con sus deberes sufre las penas que le serán impuestas por el Tribunal de honor, § 62. El apercibimiento, la censura, la multa hasta 3000 marcos, con ó sin censura, le suspende del derecho de ser Abogado, § 63 : véanse además el § 5, núm. 2, y el § 6, núm. 3 ; § 21, núm. 3 (efectos de la suspensión, de la censura, de la multa de más de 150 marcos). El § 97 habla del destino de las multas.

Respecto de los Médicos, véase la Ley sobre la Industria, § 53, Gaceta del Imperio, 1883, pág. 195 (revocación del derecho de ejercer).

(1) Laband, *Derecho constitucional del Imperio alemán*, 2.ª edición, 1890, § 38, tomo II, página 417, sobre todo, p. 428.

Ley bávara de 13 de Agosto de 1879, art. 107.

Serán castigados disciplinariamente con una multa de 1500 marcos, los Notarios ó Escribanos que en los asuntos que les están confiados en razón de su cargo oficial, obrasen con conocimiento de causa en daño de sus mandantes.

Art. 108. En los casos de los artículos 103 á 107, se puede también imponer con el carácter de disciplinaria la destitución.

VI. Del derecho penal militar (1)

1.º HISTORIA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

§ 37

Los derechos positivos de los pueblos alemanes al principio de la Edad Media y las Leyes de los Reyes francos, contenían ya disposiciones relativas á la disciplina y á los delitos militares. Al lado de la amenaza de penas severas contra la deserción (herisliz) y los demás delitos militares, dábese la nota alegre en esas Leyes, así como en algunos otros antiguos documentos jurídicos de Alemania. Una Capitular de Carlomagno de 811 decidía : *ut in hoste nemo parem suum vel quemlibet alterum hominem bibere roget. Et quicumque in exercitu ebruius inventus fuerit, ita excommunicetur, ut in bibendo sola aqua, quousque male fecisse cognoscat.* Pero no había jurisdicción particular para los militares, el Rey, y sus lugartenientes, eran al propio tiempo los jefes de la guerra y las autoridades ordinarias en tiempo de paz (2). Esta situación sufrió un cambio con la aparición del servicio á sueldo y de los ejércitos permanentes. Los tribunales militares se separaron de las jurisdicciones ordinarias ; las gentes de guerra se sometieron á ellos en todos los asuntos civiles y en la acción represiva. El Derecho penal de los militares descansaba aun, en cuanto al fondo, al fin de la Edad Media en los instrumentos legislativos comunes, pero además en ciertos artículos y más especiales de este estado, cuyo contenido estaba determinado por el destino particular de los militares y por la necesidad de una disciplina rigurosa. Por otra parte, los mismos delitos del derecho común se trataban á menudo de un modo especial en virtud de sus relaciones con la disciplina y la subordinación militar. Esta autonomía de las jurisdicciones y del Derecho penal militar, se vió favorecida por las prescripciones especiales militares del Derecho romano que en todo penetraba é influía. Véase l. 2, Cod. Teod. de jurisd. 2, 1 y l. 18 pr., Cód. Just. de re milit. 12, 35 (36).

La situación especial de los militares respecto de la organización judicial, del Derecho penal y del procedimiento criminal se perpetuó hasta nuestros días. Produjéronse, en verdad, no pocos intentos para limitarla á las infracciones puramente militares y relativas al servicio ; así á principios de este siglo, el

(1) Wetzel, *Sistema del Código civil común*, 3.ª edición, Leipzig, 1878, § 37, p. 446. E. Dangelmaier en los *Archivos de Goldamer*, tomo XXXII (1884), p. 449.—Hecker, *Curso de Derecho alemán penal militar*, 1887, Introducción. Estuttgart, Binding, *Manual I*, §§ 20-24, p. 100, von Liszt, *Curso* (1892) § 201, p. 685 Koppmann. El C. p. militar del Imperio alemán con comentarios, 2.ª edición. Nördlinger, 1885, Introducción, p. I.

(2) Véase Brunner, *Historia del Derecho alemán* (*Manual de Binding*, 2.ª edición, primera parte, tomo II), tomo II, § 60, p. 11 y siguientes.

Canciller de Prusia von Schrötter trató de la supresión de la jurisdicción militar en los asuntos civiles. Scharnhorst hizo que no prosperase esta proposición (1). Véanse también los principios de Derecho en Alemania de 1849, § 35 (Roth y Merck, Colección de documentos para las fuentes del Derecho público alemán desde 1848; tomo II, 1852, pág. 122). En el mismo sentido votaba la Cámara de los Diputados de Baviera un mensaje dirigido á la Corona, por 113 votos contra 4 (2). Pero puede, desde luego, calcularse que, la situación especial de los militares, tanto respecto de la Ley cuanto respecto de la jurisdicción penal mantenida durante tantos siglos, no se había de modificar esencialmente en mucho tiempo. Veráse, antes bien, persistir esta idea expresada en un libro impreso en 1848, aunque no publicado, y que tenía por autor al príncipe de Prusia, más tarde Emperador Guillermo I. En las «notas al Proyecto de organización de la defensa del Imperio alemán, Diciembre, 1848», el futuro Emperador, dice en el art. XII, Disciplina y administración de justicia, pág. 92: «debemos atenernos firmemente al principio, según el cual en tiempo de guerra como en tiempo de paz la plena jurisdicción debe corresponder á los Jueces militares, si no se quiere perder uno de los más sólidos fundamentos del ejército».

Los artículos de guerra relativos á los lansquenets de Maximiliano I (1508) y el reglamento de Caballería bajo Maximiliano II, formulados en el Reichstag de Espira en 1570, formaron con los artículos de guerra de Gustavo Adolfo de 1621, introducidos en el Brandeburgo electoral por el príncipe Gran Elector, la principal base del Derecho penal militar prusiano (3). Sólo en el siglo XIX, se llegó á la codificación del Derecho penal militar.

Según el art. 61 de la Constitución de la Confederación alemana del Norte, y después, según el art. 61 de la del Imperio, la Legislación militar prusiana en su totalidad debía ser inmediatamente aplicada en toda la Confederación primero y luego en todo el Imperio, particularmente el C. p. militar de 3 de Abril de 1845 y el de organización de la justicia penal militar, de 20 de Julio del mismo año, así como la ordenanza sobre las jurisdicciones de honor de 20 de Julio de 1845. Verificóse esto en la Confederación, en virtud de una orden del Rey de Prusia, de 29 de Diciembre de 1867, Gac. de la Conf., pág. 185. Solo el Reino de Sajonia conservaba su C. p. militar, formado según el modelo del C. p. prusiano, de 4 de Noviembre de 1867. En el Gran Ducado de Hesse, al Sur del Mein, el C. p. militar se declaraba vigente con la Constitución de la Confederación (4); en Baden se introdujo por orden imperial de 24 de Noviembre de 1871, Gac. del Imp., pág. 401. En Baviera se puso en vigor, en virtud del tratado de Alianza de 23 de Noviembre de 1870, Gaceta de la Confederación, 1871, pág. 9; en Wurtemberg, en virtud de la Convención mi-

(1) Dangelmaier, p. 445.

(2) Extracto taquígráfico de la Cámara de los Diputados, 1865, núm. 45 (sesión de 2 de Junio de 1865), p. 348.

(3) Dangelmaier, p. 454 y 455.

(4) Binding, *Manual*, I, p. 101.

litar de 21 y 25 de Noviembre de 1870, Gac. de la Conf., 1870, página 658. Después de la fundación del Imperio quedaron en pie cuatro Códigos penales militares: 1.º, el de Wurtemberg, de 20 de Julio de 1818; 2.º, el prusiano, de 3 de Abril de 1845; 3.º, el sajón, de 4 de Noviembre de 1867; y 4.º, el bávaro, de 29 de Abril de 1869. Estos Códigos no sólo diferían entre sí sobre muchos puntos, sino que además no estaban conformes acerca de los principios esenciales con el Derecho penal ordinario, que había llegado á ser uniforme. Se imponía una fusión de un modo necesario, «si el Derecho penal militar no había de quedarse retrasado con relación al progreso de la ciencia y á las condiciones de la buena administración de justicia, y con peligro además de verse reducido al aislamiento, y por ende condenado á la inmovilidad». El ejército que en tiempo de guerra se encuentra bajo el mando de un mismo jefe, debe empezar por encontrarse ya en tiempo de paz sometido á las mismas Leyes. Para la consolidación del Imperio debía suponer un elemento de gran alcance el hecho de que todo el ejército alemán, compuesto de diferentes contingentes, estuviese sometido á la misma Ley en tiempo de paz y en tiempo de guerra. Sobre todo, «el C. p. militar prusiano había sido hecho en una época en que las necesidades, para cuya sanción la guerra tiene un C. p., no se había tenido completamente en cuenta. Personas competentes han afirmado, con razón, que el C. p. militar prusiano basta en tiempo de paz, pero no así en tiempo de guerra».

Después de la discusión sobre el C. p. ordinario, se presentó en el Reichstag de la Confederación alemana del Norte, con la aprobación del Ministro de la Guerra, el Conde Dr. von Roon, la proposición relativa á una revisión inmediata de la Legislación penal militar. Sometióse en seguida á una comisión, compuesta de jefes y jurisconsultos militares, un Proyecto (I) preparado por el auditor general prusiano Feck, sobre la base de la Legislación prusiana, y teniendo en cuenta el C. p. militar bávaro. De las deliberaciones de esta comisión, que duraron tres meses, salió el Proyecto II, el cual, con algunas modificaciones, fue aceptado por el Consejo federal, siendo presentado al Reichstag el 8 de Abril de 1872 (Proyecto III). Añadiéronse al Proyecto la Ley en tres párrafos, declarándolo vigente, y la exposición de motivos, redactada por el Consejero íntimo de justicia Keller y el Juez prusiano Dr. Rubo, el primero Miembro, y el segundo uno de los Secretarios de la Comisión. El Proyecto completo fue confiado en el Reichstag al examen previo de una Comisión de 21 Miembros. El Presidente de esta Comisión era el Diputado Feldmariscal Conde de Moltke y su suplente el futuro Presidente del Reichstag von Forekenbeck. Entre los Miembros de la Comisión se encontraban los Diputados Gneist, Windthorst, Schwarze, Lasker y Lamey. Este último fue el ponente en la reunión plenaria del Reichstag. Durante 26 sesiones, la Comisión sometió el Proyecto á dos lecturas. Suscitáronse oposiciones muy vivas. Referíanse éstas, sobre todo, á la idea de crear penas especiales para los militares, aun tratándose de los delitos del fuero común, á lo de tratar en principio de un modo distinto á los jefes, á los oficiales y á los soldados, á la superioridad dada á los militares respecto de

los paisanos y, por último, al principio absoluto de la obediencia pasiva (1) y á las penas de arresto.

Después de una comunicación hecha en la reunión plenaria del Reichstag (Extractos taquigráficos, pág. 810), los Gobiernos de los Estados confederados declararon que las resoluciones tomadas por la Comisión en primera lectura tocante á los arrestos, eran inaceptables, que la Ley fracasaría si se la mantenía, por cuanto tales disposiciones se estimaban incompatibles con la disciplina. El Consejo federal cambió también después de la primera lectura en comisión, su parecer sobre algunos puntos. El 7 de Junio de 1872 se pasó á la segunda lectura, y el 8 de Junio á la tercera en reunión plenaria. El discurso del diputado Conde de Moltke del 7 de Junio está tan bien pensado y se atiende de tal modo al orden de ideas que actualmente inspiran las tentativas de reforma referentes al Derecho penal, que es oportuno reproducir aquí lo substancial de ese discurso (2). Moltke se oponía al intento de suavizar esencialmente la pena de arresto.

«Creo—dice—que una dulcificación excesiva en la severidad de las penas no puede menos de aumentar el número de casos en que hayan de aplicarse. Cuando se trata de hacer una Ley para el ejército... no debemos colocarnos sólo en el punto de vista civil, jurídico ó médico, es preciso colocarnos también en el punto de vista militar. Autoridad en lo alto, obediencia abajo: en una palabra, la disciplina es el arma del ejército. Sólo la disciplina hace del ejército lo que debe ser, y un ejército sin disciplina es una institución costosa en todo tiempo, pero insuficiente para la guerra y peligrosos en tiempo de paz... No son los castigos los que hacen por sí solos la disciplina, toda la educación del hombre concurre á ese fin... Sin embargo, no podemos prescindir de las penas... No me negaréis que es preciso una autoridad de una fuerza verdaderamente extraordinaria para obligar á miles de hombres, en medio de las situaciones más difíciles, de los sufrimientos y de las privaciones, á exponer su salud y su vida en el cumplimiento de una orden dada. Semejante autoridad... no puede adquirirse ni puede subsistir si no tiene una sanción. El subalterno debe ocupar una posición privilegiada frente al soldado, y el oficial debe gozar de sus prerrogativas frente á ambos. Resulta aquí... es verdad... la desigualdad ante la Ley. Pero no debe olvidarse que no se trate en definitiva de una prerrogativa del oficial, sino del superior, y que en todo el ejército cada cual puede ser hoy superior y mañana subordinado. El general, á la cabeza de su cuerpo de ejército, está en función de obediencia cuando se encuentra en relación con un general superior, pudiendo el mismo soldado convertirse en superior cuando el servicio

(1) Según el § 58 del proyecto, el subalterno no sufría pena cuando, por cumplir un mandato relativo al servicio, cometía una infracción sin extralimitarse en el cumplimiento de la orden. El superior que hubiera dado la orden, se consideraba como autor. Admitiase una excepción, sólo respecto á los actos contra la fidelidad militar. Véase, en sentido contrario, el C. p. militar actual, § 47.

(2) Extractos taquigráficos de las sesiones del Reichstag alemán, primer periodo de legislatura, tercera sesión. 1872, t. II, pág. 814.

lo exige. Cada centinela, cada soldado de primera clase — que dirige una patrulla — debe exigir la obediencia. No necesitamos... penas severas para la mayoría de nuestros hombres, que puede ser dirigida fácilmente por la instrucción, por las advertencias, la reprensión, y á lo sumo con penas disciplinarias leves... pero... también tenemos que vernos con muy malas personas. Cuando todos están sobre las armas, los malos sujetos que hay en todas las naciones... allí se encuentran. La Comisión encargada del reclutamiento no puede investigar el estado moral de los reclutas. También hay entre nosotros gentes que quizá están predestinadas á la casa de corrección, si no se logra preservarlas mediante una educación militar severa... — Ha habido importantes dulcificaciones de penas, en particular reducciones en los arrestos severos, hasta llegar á una tercera parte de su duración... y nos hemos declarado satisfechos. Las penas cortas, pero severas, están muy conformes con el interés militar — pero no podemos conformarnos con penas á la vez cortas y leves. Se ha estimado como una crueldad la pena de dormir en el suelo en duro. Señores, todos los días exigimos á nuestros hombres esa pena, cuando están de guardia, y hasta con la agravante que no hay en los arrestos, por virtud del llamamiento al servicio exterior cada cuatro horas, para estar durante dos en la guardia, al viento y á la lluvia. Dormir en duro, pero en seco, y al abrigo del viento y de la lluvia... es un beneficio increíble si se compara con estar acampado sobre la nieve ó sobre un terreno húmedo, como tantas veces han tenido que estar nuestros hombres. ¡De qué buena gana nuestros soldados y hasta nuestros oficiales hubieran trocado su situación por aquel lecho! Si dais al perezoso, al incorregible, un colchón en el lugar del encierro, y si no le priváis de su alimento ordinario más que cada tres días, se dedicará á descansar durante su arresto, dormirá, y se burlará de sus camaradas cuando van á la guardia por él, á quien se le dispensa de semejante servicio... Con tales penas no iremos á ninguna parte. Pensemos, sobre todo, que las penas duras no recaen sobre el soldado ordinario, el buen soldado, tal cual lo veis en la calle ó en el ejercicio, sino sobre los malos sujetos».

El proyecto modificado fue adoptado por gran mayoría con los tres párrafos de la Ley declarándolo vigente, en la votación final del 8 de Junio de 1872, siendo aprobado por el Consejo federal al día siguiente (9 de Junio). El 20 el Emperador Guillermo I promulgó este Código. El 25 fue publicado como «C. p. militar del Imperio alemán» de 20 de Junio de 1872, en el núm. 18 de la Gaceta del Imperio, pág. 173. El Código se aplicó á partir del 1.º de Octubre de 1872. Ley declarando vigente el C. p. militar, § 1, Gac. del Imp., pág. 173. Con respecto á Alsacia y Lorena, donde la Constitución del Imperio no tuvo vigor hasta 1.º de Enero de 1874, una Ley imperial de 8 de Julio de 1872 (Gaceta de Alsacia y Lorena, pág. 473) fijó la aplicación del C. p. militar á partir de 1.º de Octubre de 1872.

2.º CONTENIDO DEL CÓDIGO PENAL MILITAR (1)

§ 38. Advertencias preliminares y disposiciones que pueden servir de introducción.

I. 1.º El C. p. militar no es sólo un Código para los militares. Muchas de sus disposiciones se aplican también en ciertas condiciones á los no militares. Véase más adelante, § 40, III.

2.º Este Código contiene de un lado un derecho penal especial para los militares en tiempo de paz, y del otro constituye el derecho en tiempo de guerra. Véase más adelante, II, núms. 14 y 15.

3.º El C. p. militar ó bien pena acciones punibles y por el derecho común, ó bien se refiere á otras acciones no punibles según este derecho. Estas dos categorías forman en junto los crímenes y delitos militares. Cuando, por el contrario, la consideración del servicio se deja sólo á la represión penal ordinaria, la acción de que se trata no aparece como un delito militar, aun cuando además de la violación del derecho común supusiera otra del deber especial en el servicio (2). El carácter del Derecho penal militar desaparece también cuando conforme al § 55 del C. p. militar sólo hubiere una agravación de la pena por un acto ya por sí mismo punible, según el derecho común, siempre que no se señalare una pena particular en una parte especial del Código militar (3).

4.º El C. p. militar se divide, como el ordinario, en disposiciones preliminares (§§ 1 á 13) y en dos partes, de las cuales la primera (§§ 14 á 55) trata de la pena en general, y la segunda (§§ 56 á 166) de los diferentes delitos y de sus penas. El contenido de la Ley de introducción del C. p. militar, consistente en tres párrafos, ya ha sido mencionado en su lugar oportuno (4).

II. *Disposiciones preliminares.* — 1.º Como en el C. p. ordinario, el militar agrupa los delitos militares en atención al máximo de las penas señaladas.

(1) Hecker, Curso de derecho penal militar alemán, Stuttgart, 1887. Fleck, Código penal militar del Imperio alemán, con las Leyes, ordenanzas, circulares é instrucciones dictadas desde su publicación y relativas á la administración de justicia en el ejército prusiano y en la marina imperial, segunda edición, Berlín, 1881, segunda parte, continuado por C. Keller, Berlín, 1880. — Keller, El C. p. militar del Imperio alemán, explicado con relación á la exposición de motivos y á las discusiones del Reichstag, segunda edición, Berlín, 1878. — Hecker, El C. p. militar del Imperio alemán, con la Ley declarándolo vigente explicados, Berlín, 1877. — Koppmann, El C. p. del Imperio alemán con la Ley declarándole vigente, publicado con comentarios, segunda edición, 1885. — Solms, Derecho y procedimiento penales para el ejército y la marina del Imperio alemán, tercera edición, Berlín, 1892. Véanse también las indicaciones bibliográficas en el *Curso* de Hecker, págs. 315 y 316. — Von Liszt, *Curso* (1892), §§ 201 y 202, pág. 685.

(2) Koppmann, *Loc. cit.*, nota 28 del § 1, pág. 47.

(3) Koppmann, *Loc. cit.*, págs. 27 y 29. Véase también nota relativa á los §§ 56, 136 y 145. Pero véase también más adelante § 39 al fin, pág. 79.

(4) Véase § 37 al fin, y en el núm. II, núms. 9 y 10, y más adelante § 41, núm. 1.

Pero no se refiere más que á los crímenes y delitos, y califica como crimen militar todo acto penado por él con muerte, reclusión, prisión, detención de más de 5 años, mientras que las penas privativas de libertad inferiores á 5 años colcoan el acto entre los delitos. La prisión, pues, á diferencia de lo que pasa en el Código penal ordinario, es una pena tanto de los crímenes, como de los delitos. Las penas del C. p. militar encuentran un complemento importante en la disciplina militar. Véase más adelante, § 41.

2.º Las disposiciones del C. p. ordinario están declaradas aplicables cuando responden á los crímenes militares § 2. Esto en el supuesto de que la primera parte del Código militar no contenga disposiciones en contrario. En virtud de los §§ 7, 15, 29, 49, 55, 127, el C. p. ordinario ha sufrido modificaciones importantes cuando se aplica á los militares.

3.º El § 3 dispone, contra lo que proponía el Proyecto, que los actos de los militares que no son crímenes ó delitos, deben ser juzgados por las Leyes penales ordinarias. Lo mismo ocurre respecto de los duelos entre oficiales cuando no se refieren á los §§ 112 y 113 del C. p. militar. Véase además la introducción á las ordenanzas imperiales acerca de las jurisdicciones de honor para los oficiales del ejército prusiano y de la marina imperial de 2 de Mayo de 1874 y de 2 de Noviembre de 1875 (1).

4.º Según el § 4 de la introducción, se consideran como militares (2): las personas en situación de soldados y los empleados militares pertenecientes al ejército ó á la marina. Por ejército se debe entender el ejército alemán y por marina la marina imperial.

5.º En lo que concierne á la diferencia de tratamiento, desde el punto de vista penal de los que pertenecen al ejército ó á la marina, hay un anexo al Código penal militar (Gac. del Imp., pág. 204) al que se refiere el § 5 del Código, y en el cual se formula el cuadro de las clases de oficiales pertenecientes al ejército alemán y á la marina imperial (3).

6.º Los militares con licencia están sometidos, según el § 6 al C. p. militar, mientras dure el servicio; se les aplica, además, los §§ 68, 69 y 113 (89 á 112), 126 (114 á 125) y también á los §§ 10 núm. 2 y 42. Para saber quiénes están con licencia véase la Ley militar del Imperio de 2 de Mayo de 1874 (Gaceta del Imperio, pág. 45, § 56).

7.º Respecto de los oficiales en situación de agregados que no son militares, el § 2, ap. 3 de la Ley declarando vigente el C. p. militar, regula la forma de su sumisión al Código.

8.º En cuanto á los oficiales licenciados con pensión, véase la Ley de 3 de Mayo de 1890, § 1. Gac. del Imp., pág. 63. Además, Laband, Derecho constitucional, II, pág. 697.

(1) Solms, Derecho y procedimiento penal para el ejército y la marina del Imperio alemán, tercera edición, pág. 585.

(2) Véase también Hecker y von Stengel, *loc. cit.* t. II; p. 125.

(3) Respecto de los oficiales en disponibilidad, ver Hecker, *loc. cit.* t. II, p. 148; en un sentido contrario, véase Laband, *Derecho constitucional* (1890), t. II, p. 694, sobre todo nota 6.