

9.º Acerca de la gendarmería, el § 2 de la Ley declarando vigente el Código penal militar, establece una reserva á favor del Derecho penal de los Estados confederados. En Prusia, al igual que en los demás países de la Confederación (Alsacia y Lorena inclusive), donde la legislación prusiana está vigente, pero no en Baviera, los gendarmes pertenecen al fuero militar, y en tal concepto están sometidos al Código militar del Imperio, y además, á los §§ 48, ap. 2 y 188, parte primera del C. p. militar prusiano, los cuales han sido mantenidos por el § 2, ap. 2 de la Ley de introducción del Código militar. En Baviera los gendarmes no pertenecen al fuero militar, pero estaban sometidos al Código penal militar bávaro de 29 de Abril de 1869, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de introducción de ese Código, y el cual aún hoy es aplicable á los soldados y á los subalternos de la gendarmería bávara, con las modificaciones contenidas en la Ley bávara de 28 de Abril de 1872 (1).

10. La reserva contenida en el § 2, ap. 2 de la Ley declarando vigente el Código penal militar, respecto de los desertores, es en realidad de mero procedimiento. Véase á este propósito Koppmann, *l. c.*, pág. 5 y Solms, *l. c.*, pág. 6.

11. Las personas separadas del ejército ó de la marina (véase más abajo § 39, I al fin), así como los oficiales que hayan sido dados de baja en el servicio en virtud de sentencia, y los oficiales dados de baja por simple licencia, no están sometidos á las Leyes militares. Dichos oficiales pueden perder sus grados á consecuencia de una privación de sus derechos civiles y políticos, dictada más tarde con arreglo al § 33 del C. p. ordinario.

12. El § 7 del C. p. militar extiende, con relación á los militares residentes en el extranjero, la facultad de perseguirlos, contra lo dispuesto en el § 4 del Código penal ordinario. Sus infracciones deben ser castigadas como las cometidas en el interior cuando los militares las cometan en el extranjero estando con sus tropas ó de cualquier otra manera en función del servicio.

13. Según el § 8, los crímenes y delitos militares cometidos contra militares de los Estados aliados en el servicio común, sea donde fuere, se castigan, si se hubiese estipulado la reciprocidad, como si fueran cometidos contra militares alemanes. Véase el C. p. militar, § 161 y más abajo § 40, III, núm. 5.

14. La segunda parte del C. p. militar contiene un cierto número de prescripciones para las infracciones cometidas en campaña. Tales disposiciones forman las Leyes de la guerra, y los §§ 9 y 10 fijan las épocas y las personas á las cuales son aplicables. (Estado de movilización (2), estado de guerra, más abajo

(1) Los oficiales de la gendarmería bávara son militares como oficiales destacados del ejército. Véase á este propósito Koppmann, *Comentarios* (2.ª edición), p. 2 y siguientes. Es muy notable la competencia en lo relativo á los gendarmes del Estado bávaro. En cuanto á los crímenes y delitos militares, pertenecen al fuero de los Tribunales militares; en lo demás, á los Tribunales ordinarios.

(2) El estado de movilización se fija por el Emperador; para el contingente bávaro, mediante la invitación del Emperador, por el Rey. Véase Koppmann, *l. c.*, p. 51. En la marina de la Armada el estado de movilización implica el armamento del buque en situación de guerra. Todo buque que navegue aisladamente fuera de las aguas territoriales de su país, se considera en estado de guerra.

§ 42; los destacamentos durante los momentos de sedición, de motín ó de una empresa militar sometidos á las Leyes de la guerra, así como los prisioneros de guerra).

15. Según el § 11 del Código, deberán considerarse como tropas frente al enemigo (véase por ejemplo, C. p. militar, §§ 73, 108, 141, ap. 2 y 3), cuando para prevenir el encuentro con él se ha comenzado el servicio de seguridad contra el mismo.

16. El § 12 explica el término de «tropas reunidas» en virtud del hecho por el cual, además del superior y el militar de que se trate, se hallen presentes otras tres personas de estado militar reunidos para un servicio militar.

17. La reincidencia se halla en parte tratada de una manera distinta de la del C. p. ordinario (véase anteriormente § 9, pág. 173). Existe cuando el autor ha sido juzgado y penado por un Tribunal alemán por el mismo crimen ó delito militar que aquel de que se trate, C. p. militar § 13; véase ap. 2 y 3 de ese párrafo. Respecto de los subalternos y de los soldados, se puede, en caso de nueva reincidencia, dictar el pase á la segunda clase de simple soldado, y según los casos, la degradación, C. p. militar, § 37, ap. 2, núm. 1, y § 40, ap. 2, núm. 2, y en cuanto á los oficiales, la separación del Ejército, y según los casos, la licencia absoluta y definitiva, C. p. militar, § 31, ap. 3, y § 34, ap. 2, núm. 2. En caso de abuso de la fuerza confiada para el servicio, se puede imponer desde la primer reincidencia la separación del servicio y la degradación, § 114 ap. 2, en caso de malos tratamientos para con los inferiores, se impone, si hubiera nueva reincidencia, además de la prisión y la detención en una fortaleza, la separación del servicio ó la degradación, § 122, ap. 2. En caso de desertión, la reincidencia entraña en lugar de la pena de los delitos impuestos para la primera infracción y para la primera reincidencia, la reclusión de 5 á 10 años, § 70: la desertión en campaña se castiga desde la primera reincidencia con reclusión de 5 á 15 años y hasta con muerte, cuando la primera desertión se hubiera verificado ya en campaña, § 71. Hay reincidencia en el amplio sentido de la palabra, cuando se comete un delito militar y hubiere sido castigado por otro delito también militar, con una pena privativa de la libertad. El Código no aplica entonces el calificativo de reincidencia, pero trata el nuevo delito como tal, en cuanto los arrestos severos deben ser impuestos á aquel que es culpable de la misma infracción repetida, aun en los casos en que esta pena no fuese especialmente señalada, C. p. militar, § 22, ap. 3. Véase también la Ley disciplinaria para el Ejército, de 31 de Octubre de 1872, (véase más adelante, § 41), § 3, Cap. IV.

§ 39. Primera parte del Código penal militar.

La primera parte se divide en cinco Secciones.

I. La primera Sección se refiere á las penas contra los militares. Cuando se trata de un delito del derecho común, es decir, penado según las Leyes ordina-

rias, se debe imponer la pena del C. p. ordinario. Las penas por crímenes y delitos militares, contra los militares son: la pena capital, las penas privativas de libertad y las privativas del honor. No hay multa en materia de delitos militares, y cuando las Leyes penales ordinarias imponen facultativamente una multa ó una pena privativa de libertad, no se debe condenar á multa, si las infracciones lesionan al propio tiempo un deber relativo al servicio militar. Código penal militar, núm. 29.

1.º El que fuese condenado á muerte debe ser fusilado cuando la pena ha sido impuesta por un crimen militar. Se señala en 15 párrafos (58, 60, 63, 71, 72, 73, 84, 95, 97, 107, 108, 132, 133, 141, 159), siendo preciso añadirla solamente para los crímenes cometidos en campaña. La pena de muerte en campaña se ejecuta fusilando al condenado, aun cuando haya sido impuesto por crímenes no militares, § 14.

2.º La reclusión es una pena común al C. p. militar y al C. p. ordinario (véase lo dicho anteriormente § 9, I, núm. 2, pág. 165). Si se impone, la ejecución corresponde á las autoridades civiles. C. p. militar, § 15, ap. 3.

3.º Las demás penas privativas de libertad para los delitos militares, son la prisión, y la detención en una fortaleza y los arrestos. Están organizados bajo diferentes aspectos de una manera muy distinta á como están en el C. p. ordinario. La prisión y la detención, pueden ser temporales ó perpetuas. La perpetua (§ 63, núms. 2 y 3 y parte final, § 95, ap. 2, § 97, ap. 3, § 141, ap. 2) es una pena intermedia entre la de muerte y las demás penas privativas de libertad; en dos casos (§§ 93 y 100) la perpetuidad es la agravación de la pena temporal, privativa de la libertad. En la prisión y la detención temporales, el máximo es de 15 años, el minimum de 6 semanas y de 1 día; entre esos límites hay además máximas de 10, 5, 3 y 2 años, 1 año y 6 meses, y mínimas de 10, 5, 3 y 2 años, 1 año, 6 y 3 meses.

4.º Los arrestos varían entre un minimum de 1 día, 1 semana, 14 días, 3 semanas, y un máximo de 4 á 6 semanas. Se dividen en arrestos de sala, simples, medios y rigurosos. (La mayor duración de los últimos es de 4 semanas, § 24). Los arrestos en sala no se aplican más que á los oficiales y funcionarios del mismo rango; los simples, á los subalternos y á los soldados; los medios, sólo á los subalternos que no usan espada (sargentos y subalternos propiamente dichos) y á los soldados; los arrestos rigurosos, sólo á los soldados (§ 20, véase § 44). Los arrestos en sala se sufren en el propio domicilio del condenado; éste no debe salir de él mientras dure la pena ni recibir visitas. Contra los capitanes y los oficiales subalternos se pueden dictar también los arrestos en sala agravados, que deben ser sufridos en una sala especial de arresto de oficiales (§ 23). Las demás clases de arresto deben ser sufridas en completo aislamiento (§ 24). En los arrestos medios, el condenado debe dormir sobre cama dura y recibir como alimento pan y agua; las agravaciones se suprimen durante los 12 primeros días cada 4; después cada 3 (§ 25). Los arrestos rigurosos deben sufrirse en una celda oscura; en lo demás son como los medios, con la

diferencia, sin embargo, que la agravación consistente en el lecho duro y en la reducción de la alimentación á pan y agua, se suprimen desde el octavo día cada 3 (§ 26). Sería de desear que semejantes agravaciones de penas pudieran aplicarse en ciertas condiciones á los paisanos (1). Los §§ 27 y 28 preven la posibilidad de derogar esas reglas de los arrestos en razón del estado de salud del condenado ó en época de guerra ó de armamento en un buque de guerra. Cuando una pena privativa de la libertad se señala como tal con un minimum de más de 6 semanas, el Tribunal puede condenar á prisión ó á arresto en una fortaleza. Si no hay minimum ó si éste varía entre 6 semanas y 1 día, entonces el Tribunal puede elegir entre prisión y detención en una fortaleza y arresto (§§ 16 y 21). Si los arrestos se señalan expresamente ó bajo el término general de pena privativa de la libertad, se puede imponer una ú otra de las clases de arrestos posibles, dado el rango militar del procesado. Si la clase de arresto señalada no es posible dado el rango del procesado, se debe imponer la pena más próxima posible. Los arrestos rigurosos no son admisibles más que en el caso en que estén expresamente señalados y en el de reincidencia militar (§ 22). Véase ya anteriormente § 38, II, núm. 17.

El § 15 refiérese á la ejecución de las penas privativas de la libertad impuestas á los militares. Véase además, la instrucción para la ejecución de las penas militares de 9 de Febrero de 1888 y la Ordenanza de 22 de Enero de 1889 sobre la ejecución de la pena á bordo.

Las penas especiales privativas del honor contra los militares, son: a) para todas las clases, expulsión del ejército ó de la marina (§ 30, núm. 1), véase á este propósito el C. p. militar, §§ 31 á 33; b) para los oficiales, la destitución ó pérdida de empleo (§ 30, núm. 2), véanse §§ 34 á 36; c) para los subalternos y los simples soldados la pérdida de grado y pase á segunda clase de soldado (§ 30, núm. 3), véanse §§ 37 á 39, véase además la Ley militar del Imperio de 2 de Mayo de 1874, Gac. del Imp., pág. 45, § 50, según la cual, los voluntarios de un año que han sido rebajados á la segunda clase, pierden esa cualidad y el derecho de ser dispensados del servicio después del año de voluntarios; d) para los subalternos la degradación (§ 30, núm. 4), véanse §§ 39 á 41. Acerca de las penas privativas del honor, respecto de los militares con licencia, véase el C. p. militar, § 42.

II. La Sección II (§§ 43 y 44) regula la pérdida de empleo y los arrestos con relación á los funcionarios militares, el § 45 aplica al funcionario las disposiciones de los §§ 14 y 15 (cumplimiento de las penas).

III. El § 46 (Sección III) declara que se pueden imponer en materia militar las penas privativas del honor al lado de la pena principal, cuando se trate de tentativa, ya esté permitida, ya ordenada en ese caso, mientras que según el § 45 de la Ley del C. p. ordinario, la pérdida de los derechos políticos está ordenada como accesoria de las penas de tentativa, cuando lo es de los hechos consumados.

(1) Véase anteriormente § 12, pág. 178.

IV. La Sección IV con su § 47, es de una importancia capital. Contra lo propuesto en el § 58 del Proyecto, este párrafo declara que el subordinado es personalmente responsable de los crímenes militares ó civiles por él cometidos, aun cuando hubiera sido en virtud de orden del jefe. Verdad es, que el primer apartado, parece sentar el principio opuesto, en cuanto hace al superior que ha dado la orden, el único responsable de la ejecución en los asuntos del servicio, si tal orden infringe una Ley penal. Pero desde luego, el subordinado se encuentra sometido á la pena de la complicidad (C. p. ordinario, §§ 47 y siguientes) cuando se ha excedido de la orden y además cuando supiera que la orden del superior tenía por objeto un acto constitutivo del crimen ó delito ordinario ó militar. En este punto el C. p. militar se encuentra parcialmente conforme la idea justa, sin duda, pero rechazada por la jurisprudencia alemana y por las doctrinas reinantes, según la cual, la ignorancia excusable de las Leyes exime de responsabilidad y por tanto de la pena. Y va aún más allá el Código penal militar, cuando admite la excusa en caso de ignorancia de la criminalidad del acto considerado crimen ó delito, y en el de ignorancia sobre si está castigado con tal ó cual pena. Pero en el caso en que el agente sabe que la acción es punible, el Código declara responsable al subordinado que ha obedecido y por consiguiente rechaza la teoría llamada de la obediencia pasiva (obediencia ciega) en materia militar. Si el subordinado considera el acto que le ha sido ordenado como una simple falta (C. p. ordinario, § 1 y antes § 8) no incurre en responsabilidad alguna.

Después de promulgado el C. p. ordinario, se admitió que la participación en las infracciones puramente militares de los no militares, no era punible sino cuando el C. p. ordinario contuviera una disposición en tal sentido (Código penal, § 112, § 142, ap. 2, § 370, núm. 3), véase Koppmann, Comentarios, nota 9, sobre la Sección IV, pág. 162 y siguientes; véase también, sobre todo, el C. p. militar prusiano, parte I, § 1. Pero la Jurisprudencia de nuestros días admite sin razón suficiente lo contrario. Veáanse las sentencias del Tribunal Imperial, en materia criminal, tomo VI, pág. 9.

V. La Sección V del C. p. militar está, como la IV del C. p. ordinario, consagrada á las causas (circunstancias) que eximen, atenuan ó agravan la pena. Las disposiciones del C. p. ordinario están, ó completadas ó modificadas. El § 48 expone la idea, que no está expresamente contenida en ese Código, pero que resulta de los principios generales de las Leyes penales, según la cual el agente no puede invocar las ideas particulares de su conciencia ó de su confesión religiosa. El § 49, ap. 1, dice que la violación de un deber relativo al servicio por temor de un peligro ó daño es tan punible, como si se tratara de acto de violación ejecutado de propósito. Esta forma es incorrecta, porque la violación de un deber en el servicio, cometida por miedo, puede ser intencional; pero la idea es clara: el soldado en función del servicio, no debe tomar en cuenta el peligro para cometer esta violación; semejante necesidad no le excusa. La embriaguez inexcusable no constituye causa de atenuación de la pena en las

infracciones de los deberes de la subordinación militar, así como tampoco en las cometidas en función de servicio (§ 49, ap. 2). En materia de crímenes y delitos militares, la atenuación concedida por el C. p. ordinario, § 57, en razón de la edad (véase antes § 9, pág. 171), no existe (§ 50). La querrela de parte no es nunca necesaria en los delitos militares (§ 51).

La Sección V comprende, además, disposiciones sobre la prescripción en lo que concierne á la pena de arresto (§ 52), sobre la agravación de las penas (§§ 53 y 55) y sobre el concurso de penas privativas de la libertad (§ 54). Ha lugar á la agravación de las penas cuando el superior comete, de acuerdo con el inferior, una infracción, si ésta se realiza por abuso de las armas ó de los derechos concedidos para ó con el servicio, ó cuando varios ejecutan en común una infracción ante las tropas reunidas ó ante una reunión de hombres (§ 55). Este párrafo se considera como el más difícil del C. p. militar (Koppmann, primera edición, pág. 185). En su virtud, se discute la cuestión de saber si se aplica á los delitos no militares, cuestión que debe resolverse en sentido afirmativo, según la letra del texto, de tal manera que el Derecho penal ordinario vino á recibir, en lo que se refiere á los militares, una agravación esencial (1).

§ 40. Segunda parte del Código penal militar.

Esta parte se divide en cuatro Títulos, de los cuales el primero se subdivide en once Secciones. La división corresponde á las diferentes categorías de personas, á las cuales el C. p. militar se aplica.

I. El Título primero contiene el derecho especial de los militares, y trata de los delitos en campaña y en tiempo de paz. Los asuntos de las once Secciones, son los siguientes: 1.º Alta traición, traición á la patria, traición en tiempo de guerra, §§ 56 á 61. La traición á la patria cometida en campaña por un militar es siempre una traición de guerra que se castiga con reclusión de 10 años como minimum, reclusión perpetua y en los casos más graves (§ 58), con muerte. El acto de haber dejado de denunciar á tiempo el intento de una traición de guerra, y del cual se ha tenido conocimiento adecuado, se castiga como complicidad, § 60. Por el contrario, la denuncia, en tiempo hábil, de una traición, exime á los coautores, § 61. 2.º La segunda Sección, §§ 62 y 63, trata del hecho de poner en peligro la fuerza armada en campaña. 3.º La tercera Sección, §§ 64 á 80, castiga la ausencia sin permiso y la desertión. En el § 80, ap. 2, se señala además una pena al Oficial que durante el arresto de sala reciba visitas contra lo dispuesto en la Ley (véase anteriormente, § 39, I, 4).

4.º Mutilación y simulación de enfermedades, § 81 á 83. 5.º Cobardía, §§ 84 á 88. El § 88 es muy notable y justo «cuando el agente en los casos de los §§ 85 y 86 hubiere dado después de la infracción pruebas palmarias de valor, la pena puede ser rebajada por debajo del minimum de la pena privativa de libertad

(1) Veáanse Koppmann, 2ª edic., p. 212 y siguientes; Hecker. *Curso de Derecho penal militar alemán*, Stuttgart, 1887, p. 110 y siguientes.