

Montevideo, 8 de agosto de 2017

**Sr. Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología
de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República**

Prof. Tit. Dr. Germán Aller

De mi mayor consideración:

En mi calidad de miembro de este Instituto tengo el honor de dirigirme a Usted a efectos de hacerle llegar el informe que me fuere solicitado acerca del Proyecto de Ley referido al Código Penal Militar y Código de Organización de los Tribunales Penales y del Proceso Penal Militar, remitido oportunamente a Ud. por parte de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración del Poder Legislativo.

El Proyecto de Ley objeto de análisis tiene la finalidad —tal como surge de la exposición de motivos que acompaña al mismo— de introducir un nuevo Código Penal Militar y Código de Organización de los Tribunales Penales y del Proceso Penal Militar, derogatorios del régimen actualmente vigente.

En virtud de que se trata de tres proyectos de Código de naturaleza jurídica diferentes, pero relacionados claramente entre sí, se tratarán los mismos en capítulos separados a efectos de mayor claridad expositiva.

I). Apreciaciones sobre el proyectado Código Penal Militar.

El Código propuesto por el Poder Ejecutivo se compone de dos partes claramente diferenciadas: Parte General y Parte Especial.

A) En cuanto a la Parte General (arts. 1 a 20), en el Capítulo I bajo el *nomen iuris* “Principios Generales”, se establece un conjunto de disposiciones que merecen ciertas observaciones.

1. El artículo 1º consagra la aplicación de la Parte General del Código Penal vigente a los delitos militares cuando lo permita su especial naturaleza y siempre que no se opongan a los preceptos de la presente ley, aplicando en la especie la cláusula general establecida por el Prof. Dr. Irureta Goyena en el artículo 17 del Código Penal vigente.

Sobre este punto, y visto el alcance de las disposiciones establecidas como excepciones a la aplicación de la legislación penal ordinaria, se sugiere realizar una Parte General específica para el Código Penal Militar, ya que, como es sabido por toda la comunidad académica, la actual Parte General del Código Penal se encuentra absolutamente desactualizada respecto a los avances surgidos y consolidados de la más moderna dogmática penal. Asimismo, la vigente Parte General adolece de serias contradicciones, fruto de la proliferas modificaciones legislativas —carentes de una clara dirección político-criminal— que han tenido como resultado una desarmonía evidente de la ley penal. Lo que, en definitiva, repercute en la aplicación práctica de la misma en la actividad cotidiana de los Tribunales, trayendo aparejada la falta de certeza jurídica y afectando la unidad sistemática del ordenamiento legal como pilar esencial de un Estado de Derecho.

Por lo expuesto, se recomienda la redacción de una Parte General exclusiva para este Código o, en su defecto, que se apruebe el Proyecto de Código Penal que se encuentra hace años a estudio del Parlamento y se remita el Código Penal Militar a esa Parte General, y no a la actual.

2. Respecto de las disposiciones específicas establecidas como Parte General del Código Penal Militar proyectado, se advierten ciertas particularidades o falencias.

3. En efecto, el art. 2 define lo que se entiende por delito militar; por lo que no hace otra cosa que copiar casi íntegramente el art. 1 del Código penal, omitiendo hacer mención a que toda ley de carácter penal debe cumplir con una norma y una sanción para ser reputada como tal. No obstante, cumple con el principio de legalidad o de reserva legal requerido por el art. 10 de la Constitución, el art. 1 del Código Penal, así como demás normas convencionales y tratados internacionales referidos a los Derechos Humanos reconocidos y ratificados por Uruguay.

4. El art. 3 establece la punibilidad de los delitos comisivos u omisivos culposos, precisando que deben estar previstos expresamente en la ley; por lo que su redacción es casi idéntica a lo dispuesto en el art. 19 del Código Penal, cumpliendo con el principio de *numerus clausus* de las tipos subjetivos culposos.

5. El art. 4 clasifica los delitos militares entre delitos y faltas, omitiendo hacer mención a la modalidad de crímenes, la que fue incorporada por la ley n° 18.026 y que son aquellos ilícitos penales de competencia de la Corte Penal Internacional. Si bien no

se percibe en los delitos tipificados en la Parte Especial proyectada que alguno de ellos se pueda subsumir en los presupuestos legales establecidos en los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, esto no es óbice para que algún militar en ejercicio de sus funciones pueda cometer un delito de esta naturaleza, por lo que sería conveniente que, a efectos de inhibir conductas tan graves, se incluyan en este Código dichos crímenes a efectos de motivar a los destinatarios de este proyecto a abstenerse de realizar conductas tan dañosas para la comunidad internacional.

En cuanto a las faltas, las mismas no se encuentran incorporadas en el cuerpo de este Código proyectado, sino que se hace remisión al Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas. No se comparte dicha separación sistemática, ya que sería mejor que todas aquellas conductas que traen aparejada una sanción o pena estuvieran compendiadas en un mismo cuerpo normativo a efectos de hacer más accesible el conocimiento de las conductas prohibidas o mandatadas y, de esa forma, aspirar a que la función motivadora de la norma cumpla con su finalidad. Esto es, que el sujeto se abstenga de realizar la conducta prohibida o cumplir con el deber impuesto normativamente.

6. Se establece en el art. 5 una excepción al principio de territorialidad de la ley. Es decir, se permite que se castiguen conductas típicas realizadas por militares en actividad cometidas fuera del territorio de la República. Dicha disposición es correcta, ya que los militares que desempeñan actividades fuera del territorio nacional están protegidos mediante inmunidad de jurisdicción. En virtud de la cual no se les puede enjuiciar en el territorio donde cometió el delito, pero eso no significa inmunidad de actos, sino que serán enjuiciados en Uruguay por delitos cometidos en el extranjero.

7. Sin perjuicio de lo expresado, también se establece expresamente que estos delitos sólo pueden ser cometidos por militares en actividad (arts. 1 y 6), lo que marca que los delitos tipificados en la Parte Especial requieren cierta cualidad del agente de la conducta, pues son delitos con sujeto activo calificado. Lo que, en principio, obstaría a que un *extraneus* fuere imputado por un delito militar, salvo que se le aplique — analizando caso a caso— la extensión de la responsabilidad dispuesta en el art. 64 del Código Penal.

Sobre este punto, sería importante establecer a texto expreso cuando se considera que un militar se encuentra en actividad y no dejar librado dicho requisito a lo

que dispongan otras leyes respecto a la adquisición o pérdida de dicha condición, tal como lo establece el art. 6 del proyecto.

8. En cuanto a la no extradición de militares en actividad se comparte lo proyectado.

9. Es de recibo lo referido al instituto de la obediencia debida como causa de inculpabilidad, pero no así en cuanto se le resta validez como tal o como atenuante cuando obra en virtud de obediencia a órdenes que determinan la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a la Constitución, a las leyes o constituyan delitos. Tal aseveración se funda en que dichas excepciones hay que valorarlas en cada caso, ya que para una correcta aplicación del instituto de la obediencia debida hay que tener en cuenta: la jerarquía administrativa del funcionario (inferior), su cultura y la gravedad de la orden. Más teniendo en cuenta el bajo nivel educativo de la mayoría de los miembros de las fuerzas Armadas. Por lo que se considera que debería ser resorte exclusivo de los magistrados de la República resolver cuando se está frente a una hipótesis de obediencia debida.

10. En cuanto a la presunción sobre la causa de justificación “Cumplimiento de la ley” (art. 28 del Código Penal), la misma se comparte *in totum*.

11. En el Capítulo II, referido a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, se remite al Código Penal y se agregan dos atenuantes y siete circunstancias agravantes específicas. En cuanto a las circunstancias especiales, no se tiene observaciones que realizar. Sin embargo, se repite la objeción vertida sobre la aplicación de disposiciones del Código Penal por los fundamentos expuestos en el numeral 1º de este informe.

12. El Capítulo III que establece disposiciones relativas a las Penas, el proyecto se remite nuevamente al Código Penal y agrega al elenco de penas principales establecidas en la ley ordinaria la pérdida y suspensión del estado militar.

Se podrían establecer expresamente los modos de extinción del delito y de la pena en vez dejarlos supeditados a la integración del Código Penal al Código Penal Militar.

13. En cuanto a la autonomía disciplinaria establecida en el Capítulo IV, se hace expresa mención que la falta y su sanción disciplinaria son independientes del delito y de la pena impuesta judicialmente. Dicha disposición merece el más absoluto rechazo,

ya que viola en principio *non bis in ídem*, por el cual se prohíbe el doble enjuiciamiento por mismos hechos.

B) La Parte Especial se encuentra dividida en atención al bien jurídico que los tipos penales tienden tutelar.

14. Los delitos se encuentran divididos en delitos contra: a) la soberanía nacional; b) afectan el deber de prestar servicio militar y; c) de los delitos en tiempo de guerra.

15. Referidos a los delitos que cometidos contra la soberanía nacional, huelga destacar que a texto expreso se castiga la proposición, la conspiración y los actos preparatorios castigados con una pena autónoma —no derivada— de cuatro (4) meses de prisión a tres (3) años de penitenciaría.

Dicha disposición marca la clara tendencia que predomina en la legislación penal de adelantar la punibilidad a estadios previos a la lesión del bien jurídico. Criterio que es rechazado por la doctrina penal más consolidada.

16. Además de lo mencionado, se prevé la pena para los partícipes de los delitos previstos en el presente Capítulo, la inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos, y derechos políticos y especiales profesiones comerciales, industriales o académicas por el término de dos a diez años y la pérdida del estado militar.

Esta disposición no resulta correcta y se sugiere seguir las pautas establecidas en los arts. 75 a 82 del Código Penal.

17. El art. 51 del Proyecto de ley establece una circunstancia de agravación para los delitos previstos en los Capítulos I y II de la Parte Especial. Allí se establece que los delitos referenciados, si fueren cometidos en tiempo de guerra, se aumentará la pena de un tercio a la mitad respecto de si fueren cometidos en tiempo de paz.

18. También se prevé como circunstancia de agravación la comisión de delitos del Código Penal por parte de militares en tiempo de guerra, aumentando la pena de un tercio a la mitad. Y fija la justicia penal militar como jurisdicción para su juzgamiento.

19. Visto lo expresado precedentemente, impactan —por su severidad— los criterios seguidos por Poder Ejecutivo al momento de establecer el *quantum* punitivo por la comisión de los delitos militares. Se aprecia una franca desproporción entre las conductas prohibidas y la pena establecida. En otras palabras, son penas sumamente

gravosas en atención a los bienes jurídicos que se intenta proteger con este proyecto. Como, de igual forma, la fijación de agravantes, que resultan ultra punitivas y violatorias del principio de proporcionalidad.

Por lo expuesto, se considera que, de aprobarse por el Poder Legislativo este proyecto de ley, corresponde abatir sensiblemente las penas establecidas y ajustarlas de acuerdo al principio de proporcionalidad, estableciendo la misma en relación cardinal y ordinal a la importancia del bien jurídico tutelado.

II) Apreciaciones sobre el proyectado Código de Organización de los Tribunales Penales y del Proceso Penal Militar.

20. En cuanto a las normas sobre la organización de los Tribunales Penales Militares no se tiene el agrado de compartir la propuesta del Poder Ejecutivo.

Predomina en el ámbito científico y forense la ferviente convicción de la desaparición de una jurisdicción exclusivamente militar y se postula que sean los Tribunales ordinarios del fuero penal común los competentes para entender en esta clase de delitos.

Como, asimismo, que la Fiscalía General de la Nación, a través de los Fiscales Departamentales (en el Interior) y los Fiscales Nacionales en lo Penal (en Montevideo) sean quienes intervengan en la investigación de dichos delitos. En cuanto a los defensores públicos, que sean los mismos que intervienen ante la justicia penal ordinaria.

21. En relación al rito procesal, se estima que deben seguirse las pautas establecidas en el nuevo Código del Proceso Penal, el cual entrará en vigencia el primero de noviembre del corriente año.

III) Conclusiones

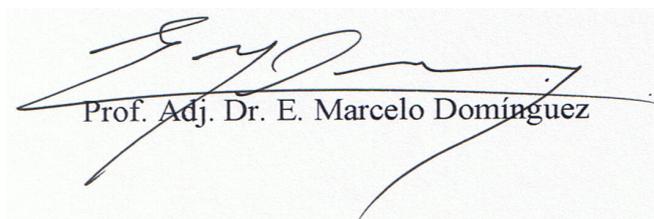
Luego de analizado el proyecto de marras, el suscrito no es partidario de que se apruebe dicho proyecto, ya que los delitos militares que atentan contra bienes jurídicos sumamente importantes para el Estado, tendrían que estar incorporados al Código Penal Ordinario y, de esa forma, dejar sin efecto una legislación especial referida a dicha actividad. No obstante, corresponda que haya normativa referida a un Derecho administrativo sancionador que fuere aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas, pero que no tuviera como sanción la privación de libertad.

En cuanto a la existencia de una jurisdicción especial militar, no es de recibo su existencia en la actualidad, ya que —como se mencionó en el cuerpo de este informe— los delitos cometidos por militares en actividad deben ser juzgados por Tribunales del fuero penal ordinario o común.

Sin perjuicio de lo expresado, y en el hipotético caso que los Sres. Legisladores no compartieran estas conclusiones, se sugiere:

- a) Que el Código Militar proyectado tenga en cuenta incorporar una Parte General exclusiva para el mismo, tomando como modelo a seguir el Proyecto de Código Penal Ordinario que se encuentra a estudio del Parlamento, y con una rebaja sustancial de las penas.
- b) Desde el punto de vista jurisdiccional y procesal, se ajuste la misma a las disposiciones establecidas en el nuevo Código del Proceso Penal (vigente desde el 1 de noviembre) y en la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público.

Sin otro particular, y quedando a su disposición ante cualquier aclaración o ampliación sobre el presente informe, lo saludo atentamente con mi más alta estima.



Prof. Adj. Dr. E. Marcelo Domínguez