

**UNIVERSIDAD DE CARABOBO
ÁREA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PENAL**

JUSTICIA MILITAR Y CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

AUTOR: Fernando Colmenarez Rueda

Valencia, 31 De Octubre De 2003

**UNIVERSIDAD DE CARABOBO
ÁREA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PENAL**

JUSTICIA MILITAR Y CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

AUTOR: FERNANDO COLMENAREZ

AÑO: 2003

RESUMEN

La Justicia Penal Militar, su determinación, alcance y análisis crítico posee significativa importancia dentro de la Especialización Penal en la Venezuela actual, toda vez que se puede determinar su vigencia dentro de la concepción de un nuevo sistema de justicia penal. El objetivo general fue presentar la urgencia en la revisión de la Justicia Penal Militar como seguridad para el ciudadano frente al poder punitivo estatal. Se dividió el trabajo de investigación final en cinco capítulos; el primero contentivo del problema, su formulación, los objetivos general y específicos y la

justificación. El segundo en el cual se recogió el marco teórico y dentro de éste temas de tanta actualidad como: Definiciones del Derecho Penal Militar; el Delito Penal Militar su ubicación y características, Un análisis dogmático respecto a un tipo penal inútil: La Inutilización; postura con respecto a la penalización de la actitud sospechosa, entre otros. El tercero haciendo alusión al marco metodológico presentando un trabajo mixto de corte documental y de campo ofreciendo resultados de forma gráfica. El cuarto recogiendo otro que tratar en el cual específicamente se hizo referencia a la inutilización, tipo de deserción genérica; culpabilidad moral; los derechos sobre la propia persona; naturaleza y análisis latinoamericano y venezolano respecto a la objeción de conciencia. Y finalmente el quinto capítulo en el cual se ofrece la conclusión y recomendaciones. Es éste un aporte para futuras comparaciones en temas similares o afines que la dinámica social a que pertenece el derecho pueda tratar. Palabras Claves: Justicia Penal Militar, Objeción de Conciencia, Inutilización; Derecho sobre la Propia Persona; Culpabilidad Moral.

INTRODUCCIÓN

Al encontrarme realizando el trabajo escogido, fue necesario la revisión de la tipología penal contenida en el Código de Justicia Militar y el contenido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal.

Fue así como llamo mi atención el art. 350 de la Constitución de 1999; este artículo da rechazo a cualquier acto o autoridad que contraríe las garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos y esta en concordancia con el art. 333 que defiende los mismos principios.

Hoy en día la justicia militar es cómplice de las violaciones al debido proceso, en los casos de juicios de méritos a los oficiales Almirantes y Generales, llevados por los Consejos de Investigación ordenados por el Presidente de la República y el Ministro de la Defensa.

Igualmente sucede con el “Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6”,

en virtud de ser una norma de carácter sub - legal, ya que no ha sido objeto de publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

El Código Orgánico Procesal Penal se sancionó el 20 de Enero de 1998, fue publicado en la Gaceta Oficial No. 5.208, extraordinario de fecha de Enero de 1998, entrando en vigencia el 1ero de Julio de 1999, es decir entrando en vigencia a casi año y medio después de su publicación, el cual viene a sustituir el denigrante sistema inquisitivo por el sistema acusatorio es “el de índole criminal basado en el principio general de la inocencia”

La jurisdicción penal es ordinaria o especial así lo establece el Código Orgánico Procesal Penal artículo 54.

La justicia militar se le otorga rango constitucional en el artículo 261 de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el referido artículo 261 se establece su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio. La competencia de los Tribunales Militares se limita a delitos de naturaleza militar. La jurisdicción militar es parte del poder judicial, lo que trae consigo su ineficacia frente a los derechos fundamentales de los ciudadanos administrados”.

Con atrevimiento puede decirse que la justicia militar actualmente es inoperante los Fiscales Militares hacen caso omiso al contenido del artículo 36 C.O.P.P. Igualmente no aplica las disposiciones del Tribunal Supremo de Justicia y tan solo se encarga de realizar los mandatos del Ejecutivo Nacional a petición del señor Presidente: Hugo Rafael Chávez Frías.

En virtud de ese vacío la aplicación de la normativa legal en el cumplimiento de su contenido legal veo con gran preocupación todo lo que sucede en el seno de la Fuerza Armada Nacional y de allí la incompetencia de los Fiscales Militares y Jueces Militares.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

LA INSTITUCIÓN JURÍDICO-MILITAR

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El presente esfuerzo plantea como temática “La Institución como organización del Estado”, y justamente el término “Institución” ha cobrado una relevante importancia en la estructura actual del Estado. Son instituciones del Estado: sus componentes estructurales y todos los entes cuya vigencia dentro de él, tienden a ser permanentes con fundamento constitucional. A este respecto señala Prieto Silva:

Una institución, como organización del Estado, debe estar jurídicamente fundamentada en el ordenamiento legal de éste. Su importancia es relevante cuando permite ser fuente del derecho con base constitucional y los fines que habrá de cumplir, serán aquellos que han dado origen a su creación, los cuales cumplirá como órgano del mismo Estado”.

La existencia de la Institución Militar se fundamenta en su universidad como institución garantista de la seguridad de un Estado, Región o Comunidad Internacional. Como toda institución, tiene sus fines, organización y procedimientos que se adecuan a la estructura del Estado que la crea; es por ello, que el tratamiento de sus fines y su estructura organizacional y jurídica difiere de un Estado a otro, dependiendo del sistema y forma de Institucional Armada, para los fines e intereses políticos que se propone cumplir.

Los fines de la Institución Armada se encuentran enunciados en el Artículo 328 de la Constitución de la República de Venezuela: “...para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes ...”. Visto así, las Fuerzas Armadas están al servicio de los fines del Estado, y sin ánimo de entrar en la controversia existente sobre los fines del Estado, ese servicio, que ayer fue para luchar por la independencia y la

libertad, hoy sigue vigente para esos mismos fines, pero orientado hacia el beneficio social, hacia el desarrollo integral del país, como meta de independencia que se han planteado hoy día todos los Estados. Tales fines se encuentran señalados en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, al incluir como objeto de la Institución (art. 8, la obligación de: “Participar en el desarrollo integral del país conforme a las leyes y lo dispuesto por el Presidente de la República, jefe del Estado y su Comandante en Jefe”.

Como vemos, se adecuó su misión a la realidad del país; la Institución se acercó a las demás instituciones del Estado, al permitir a sus miembros mayor libertad para participar individualmente en las diversas áreas del desarrollo nacional, y al establecer dentro del campo funcional de las Fuerzas Armadas, tareas que se vinculan con las de otros entes hacia el mismo desarrollo.

Cada Estado tiene su régimen militar acorde con la Constitución de sus poderes y conforme a las exigencias de sus elementos básicos: territorio, población y gobierno, que lo obligan a ordenar su legislación militar siguiendo esos mandamientos, sin tomar en consideración la igualdad o no con otros Estados.

Siendo que las Fuerzas Armadas como institución, tiene su fundamento constitucional en la Seguridad del Estado, se justifica por tanto la Justicia Militar como elemento necesario para el mantenimiento de su disciplina, a objeto de lograr la preservación y vigencia de los criterios de Independencia y Soberanía.

Señalan algunos estudiosos de la materia, que fue durante los siglos XVII y XVIII, cuando se organizan en Venezuela los primeros cuerpos armados bajo la disciplina de las Ordenanzas y Cédulas Reales.

Al crearse los ejércitos permanentes, la historia Militar Colonial Venezolana se divide en dos períodos, a saber:

- 1.- La milicia indiana o historia militar pre-institucional.
- 2.- Ejército permanente, disciplinario y reglamento.

Entre nosotros puede hablarse de Justicia Militar, cuando en el Cuartel

General de San Felipe, el 7 de Junio de 1817, el Libertador dictó el “Reglamento sobre el modo de conocer y determinar en las causas militares”, en cuya exposición inicial expresa:

Con el objeto de establecer un orden general de juicios que se observe en todos los ejércitos y guarniciones de la República, y que bajo un método sencillo y breve conozca de todos los delitos que puedan cometer militares, he tenido a bien decretar el establecimiento y formación de un Consejo de Guerra permanente en todo ejército, división y brigada, que operen separados a cuyo juicio estaban sujetos todos los individuos militares de cualquier clase y arma que sean bajo las reglas que se establecen sucesivamente.

El mismo decreto, al establecer la forma de instruir el proceso, declara la procedencia y aplicación de la ordenanza Española sobre esta materia, y las leyes penales impuestas por las bandos del ejército, las leyes militares o reglamentos publicados por la Autoridad Suprema de la República y como supletorias de este derecho sustantivo, las normas penales de la Ordenanza Española. A tal efecto, este reglamento en su Artículo 4º, señala:

Las Leyes a que debe ceñirse el Consejo para castigar los delitos, son las penales impuestas en los bandos del ejército, las leyes militares o reglamentos publicados por la Autoridad Suprema de la República, y por alta de éstas, las penales de la Ordenanza Española. (4).

Dentro de la Gran Colombia, nuestro país fue un Distrito Militar, y al separarse de ella en 1830, en su primera constitución aparece dentro de las leyes que la desarrollan, la ley militar, conjuntamente con otras leyes de la propia Gran Colombia y españolas; especialmente en materia penal ordinaria y penal militar. Así tenemos:

1. Ley del 9 de Octubre de 1830: dictada por el Congreso Constituyente sobre “Tribunales Militares, competencia y procedimiento”; adaptando esta normativa a la organización de la Milicia Nacional, establecida en la Ley del 2 de Octubre anterior y a la del 24 de septiembre que había fijado y organizado la Fuerza Armada Nacional.
2. Ley de 1849: Sobre los tribunales militares; mantiene la materia procesal penal militar con la aplicación de la Ordenanza Española de 1768.
3. Decreto del General José Antonio Páez del 31 de Enero de 1863; mediante el cual y ejerciendo poder dictatorial, aprueba una sentencia declarativa de la Corte Suprema, que autoriza al Comandante en Jefe para que disponga la ejecución de sentencia y remita el expediente a la Corte Marcial, ordenándose tener la decisión de la Corte Suprema como Ley de la República.

Se considera al Código de 1873, como el Primer Código Militar Venezolano, ordenada su redacción por el General Antonio Guzmán Blanco a la Comisión General para los Códigos Nacionales: Civil, Mercantil y de Procedimiento. Es de observar, que los preceptos de este Código, se repiten en los códigos subsiguientes y muchos de ellos aún perduran en el vigente.

Este primer Código Militar, compuesto de cinco libros y 1488 artículos, reunió en un solo cuerpo las Normas Orgánicas del Ejército, hoy contenidas en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, en la Ley del Servicio Militar y en el propio Código de Justicia Militar en sus partes sustantiva y adjetiva.

Con este Código del General Guzmán Blanco, quedaron derogadas las Ordenanzas Españolas del Ejército, impresas por vez primera en 1768, así como las reales órdenes, decretos, cédulas pragmáticas, instrucciones y reglamentos adicionales; igualmente aquellas sancionadas por el Gobierno Español hasta el 18 de Marzo de 1808 y que estuvieron

vigentes en la República. Se anulan las leyes y decretos de Colombia y Venezuela que había regido sobre la materia; al igual que los castigos torturantes como el cepo de campaña, mordaza, tramojo, sogas, palo, látigo, las carreras de baquete y otros castigos no determinados. (5)

Esta composición, estructura jurídica y contenido normativo, se repite en los Códigos de 1882, 1904, 1923 y 1930; con el contenido normativo de estos Códigos, se fue perfilando el concepto de Justicia Militar.

Fue en 1933, cuando aparece el Primer Código de Justicia Militar y Naval, dedicado exclusivamente a la materia penal militar, y de donde surge la base conceptual del vigente Código.

En Venezuela, la Justicia Militar se aplica según lo establecido en el Código de Justicia Militar vigente, el cual fue sancionado por el Congreso de la República el 17 de julio de 1938 y promulgado por el General en Jefe Eleazar López Contreras, Presidente de la República y publicado en Gaceta Oficial del 6 de agosto de 1938. Código éste, que derogó al anterior de fecha 21 de julio de 1933.

Desde entonces hasta hoy, el Código ha sufrido varias modificaciones mediante los decretos-leyes del 4/10/58 y 17/1/59, siendo la última modificación, de fecha 5 de junio de 1967. Sin embargo ninguna de estas sucesivas enmiendas lo ha alterado, ni en su contenido fundamental, ni en su propósito esencial.

El proyecto inicial del vigente Código de Justicia Militar, fue elaborado por el Dr. Gustavo Manrique Pacanins en 1937, y revisado entre abril de 1937 y abril de 1938, por el Dr. Tulio Chiosonne, quien fue su ponente ante el Congreso Nacional. Proyecto que se fundamentó en las normas del Código Militar de 1904, cuya orientación y formalidades fueron tomadas de los Códigos de 1873, que fue el primer Código Militar Venezolano, y el Código de 1882. Código éstos, donde se introdujeron una serie de normas que posiblemente respondían a la práctica guerrera de la Revolución Restauradora y su influencia europea, cuyas normas fueron transmitidas con pocas variantes, a los códigos militares de 1923 y 1930, hasta 1933,

cuando aparece el Primer Código de Justicia Militar y Naval, dedicado exclusivamente a la materia penal militar, donde surge la base del vigente Código.

El Dr. Tulio Chiosonne, su ponente, ha emitido sobre el vigente Código, conceptos de racionalidad. En tal sentido ha expresado:

Las disposiciones nuevas que contiene, con ser numerosas, son sin embargo, en su mayoría, simplemente reglamentarias para el desarrollo de un principio establecido.

El pensamiento general tanto en las nuevas disposiciones como en las que han sufrido reforma, inspirase para cada una de ellas, en una necesidad efectiva evidenciada y justificada por la experiencia. (6)

No podemos olvidar la historia, y la necesaria y natural evolución de la vida ciudadana, y con ella, la del Estado-Nación. La Venezuela de entonces, luego de las guerras, se desenvuelve en un clima dictatorial, el cual sirvió de marco conceptual al actual Código de Justicia Militar, por lo que su proyectista la considera y valora de esta manera:

La circunstancia de que a partir de 1904 hasta 1933 se hubieren promulgado cuatro códigos militares durante períodos de dictadura, en nada afecta el valor jurídico de ellos, pues por una paradoja venezolana, la Codificación en general se realizó en las dictaduras, hasta la del General Juan Vicente Gómez. (7)

El Código de Justicia Militar Venezolano, está organizado de la manera siguiente:

1. Título Preliminar: Contentivo de las disposiciones fundamentales.
2. Un Libro primero: En el que regulan los Tribunales Militares, su organización y procedimientos. Este libro se encuentra dividido a su vez, en ocho títulos, a saber:

Título I: De la Organización y de la Competencia de los Tribunales Militares.

Título II: De los Tribunales Militares en tiempo de Guerra.

Título III: De los Fiscales, Auditores y Secretarios. Aunque contiene también los referente a los Jueces Militares de Instrucción Accidentales y a los Defensores.

Título IV: De las inhibiciones, recusaciones y excusas.

Título V: de la Jurisdicción Militar y de la Competencia de los Tribunales Militares.

Título VI: De las sentencias y de los recursos contra ellas y de reposición de la causa.

Título VII: Del Procedimiento Ordinario.

Título VIII: De los Procedimientos Extraordinarios.

3. Un Libro Segundo: referente a los Delitos y Faltas; la responsabilidad Penal y las Penas. Subdividido a su vez en tres títulos a saber:

Título I: De los Delitos y de las Faltas Militares.

Título II: De la Responsabilidad Penal y de las Penas.

Título II: De las diversas especies de delito.

B. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

El término jurisdicción, para referirnos a fuero y jurisdicción militar en sí mismo enuncia la formulación puesto que deriva del latín *iurisdictio*, entendido como “el poder o autoridad que tiene la persona para gobernar y poner en ejecución las leyes y para aplicarlas en juicio. (8)

El término jurisdicción aparece en el lenguaje jurídico con diferentes significados. Según Couture, se le entiende como “ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público” (9)

Hasta el siglo XIX, se le mantuvo como sinónimo de competencia; posteriormente, se ha aceptado, que la jurisdicción debe definirse como la potestad de administrar justicia, la cual es encomendada a órganos específicos del Poder Judicial: Jueces-Tribunales. En tanto, competencia, es “la capacidad para conocer sobre una materia o asunto”. (10)

De lo expuesto podemos deducir, que un Juez tiene potestad de administrar justicia (jurisdicción); pero tal facultad está limitada en razón de su

competencia por la materia, por el territorio, o por ambos aspectos. Pongamos un ejemplo: La Fiscalía Militar, tiene la facultad de aperturar una averiguación, pues tal facultad se la confiere la Constitución nacional. Es una actividad exclusiva de la Fiscalía Militar.

¿Estará esto en sintonía con los postulados de la nueva justicia penal venezolana?

Entonces, ¿qué hacer con la Jurisdicción Especial Militar?.

En doctrina es entendido, que en el ámbito de las jurisdicciones, se puede distinguir la jurisdicción Ordinaria y la Especial.

El Código de Justicia Militar en su artículo 123, establece el ámbito de Jurisdicción Militar, así:

1. El territorio y aguas territoriales venezolanas; los buques de la Armada Nacional; las aeronaves de las Fuerzas Armadas y el Territorio ocupado por las fuerzas nacionales.
2. Las infracciones militares cometidas por militares y civiles, conjunta o separadamente.
3. Los delitos comunes cometidos por militares en cuarteles, guarniciones, escuelas y establecimientos militares, almacenes de las Fuerzas Armadas, oficinas militares y cualquier otro establecimiento militar, en funciones militares, en actos de servicio, en comisiones o con ocasión de ellas.
4. Todos los demás casos de infracción penal que este Código expresamente determine.

El artículo 124 establece los sujetos sometidos en todo tiempo a la jurisdicción militar y el artículo 125 contiene una extensión de la jurisdicción militar en tiempo de guerra o de suspensión de garantías constitucionales.

¿Qué debemos entender como fuero militar?

Aún cuando se duda y discute sobre la necesidad de su existencia, el fuero militar está legalmente vigente. Muy común en el antiguo derecho español, se ha proyectado como institución en el derecho moderno, especialmente en los de

raigambre hispana. Su campo encierra la actividad jurisdiccional como medio de aplicación del derecho, y al mismo tiempo, al ordenamiento jurídico especial que lo regula.

El fuero militar en un sentido estricto, comprende un cúmulo de normas jurídicas que dan derechos y deberes a los miembros de las fuerzas armadas para ser juzgados por tribunales especiales. “*ratione personae*”.

El procesalista español Caravantes, al defender y justificar el fuero militar, expresa:

El fuero militar es de necesidad local, porque los militares no tienen más domicilio fijo que las banderas; es de necesidad orgánica, porque la disciplina se robustece reuniendo los jefes atribuciones judiciales; es de necesidad moral, porque los jefes deben saber las vicisitudes de la vida privada de sus súbditos; y es de necesidad política, porque la fuerza física se aumenta cuando se agregan los resortes morales que sirven para precaver y reprimir. Este fuero está pues, muy distante de ser simplemente un privilegio de apocado, como algunos creen, ni de perjudicar el interés público. (11)

¿Y los otros fueros?.

Aparentemente la existencia de estos fueros, chocar con la igualdad ante el derecho; sin embargo, el fuero militar, al igual que otros fueros como el eclesiástico, el parlamentario, etc., ubicadas dentro de los fueros reales, se llenan totalmente de constitucionalidad e igualdad ante la Ley. El profesor Estrada, en su curso de Derecho Constitucional, expresa.

La abolición de los fueros personales no implica necesariamente la abolición de los fueros reales... el fuero militar para juzgar los delitos cometidos contra la disciplina y ordenanzas del ejército, cabe perfectamente dentro del principio de la igualdad.

Si a los militares se les concede algún privilegio en el orden jurídico, es el ser juzgado con marcado rigor y las honrosas exigencias de cumplir cabalmente las leyes y las órdenes que se les impartan para la patriótica defensa de su país. Las leyes militares han sido siempre inflexibles en su cumplimiento, y sus penas se han caracterizado por su marcado rigor, muchas veces excedido. En el pasado llegaron a ser inhumanas.

Como lo señala Prieto Silva:

El fuero de hoy, no debe despertar la idea de exención o privilegio, sino la de deber y derecho; no la soberbia pretensión de aislamiento, sino la demarcación del lugar en que una parte ha de entrar y componer un todo; la fórmula mecánica del trabajo que se encomienda a la rueda de una máquina compuesta de otras varias; el fuero es el fin, el radio en que se ejerce su acción, la denominada justicia militar.

(13)

¿Qué con la disciplina militar?

En el contexto jurídico formal del Estado para el sustento de las instituciones que le son fundamentales, surge de necesidad la Justicia Militar como elemento indispensable en el resguardo de la disciplina, base fundamental para el funcionamiento de la estructura militar. Surgió entonces también la necesidad de impedir el choque entre el privilegio y la igualdad jurídica, naciendo así en el pasado el fuero militar, el cual abarcó en forma amplia la conducta del militar, sin distinción de clase y rango, con todo su desempeño tanto operacional como en su vida privada.

Luego a medida que fue aceptándose en la sociedad la existencia de la jurisdicción militar y se estableció el servicio militar obligatorio para todos los ciudadanos, el fuero fue perdiendo su contenido de privilegio diferenciador, para constituir lo que es hoy, una forma de protección de la comunidad, contra los desafueros, e impregnándose de un rigor férreo, que a la vez de servir de coraza de

protección al militar, es un amparo contra la injusticia.

¿Tendremos respuesta para los conflictos de competencia por la jurisdicción?.

Lo normal es que la jurisdicción civil atraiga a la militar. Así lo recoge la jurisdicción mundial y es la situación que establece nuestro Código de Justicia Militar, cuando en su artículo 21 somete al personal de las Fuerzas Armadas a la Jurisdicción ordinaria por los delitos comunes que cometa, dejando a salvo las excepciones establecidas en el Ordinal 3° del mismo artículo 123, donde se considera como delitos militares, los delitos comunes cometidos por militares, en cuarteles, guarniciones, almacenes de las Fuerzas Armadas, en funciones militares, actos del servicio, en comisiones o con ocasión de ellas. En todo caso, de acuerdo con el mismo artículo 21, se aplicarán las disposiciones del Código Penal sobre los delitos comunes de que trata. Igual tratamiento corresponde con las materias regidas por la legislación especial, que remiten el enjuiciamiento a la Justicia Militar; tal es el caso de la Ley Orgánica sobre Substancias estupefacientes y Psicotrópicas.

Queda así evidenciado el tratamiento del delito con relación a la personalidad del autor; es decir, a su condición militar, la relación con el servicio y al lugar donde se ha cometido el delito.

La Jurisprudencia Venezolana recoge conflictos de competencia, donde la jurisdicción ordinaria atrae a la militar; específicamente en casos donde se han cometido delitos pertenecientes a ambas jurisdicciones. Más recientemente, se ha declinado la competencia en los tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público, cada vez que se cometen delitos que afectan al Patrimonio de las Fuerzas Armadas, al ser considerado éste, como dentro de la “unidad del Patrimonio Público Nacional”, a pesar de la orden expresa de la Ley, que determina el conocimiento expreso por la Justicia Militar. Sin embargo, hay fallos de la Corte Suprema de Justicia Venezolana, donde ésta ha considerado el conocimiento de casos por la Jurisdicción Militar, por delitos cometidos por

civiles, siempre y cuando no esté tipificado el hecho como delito, en la jurisdicción ordinaria.

Como vemos, existe indefinición, inseguridad jurídica, y a pesar que pareciere haberse contestado, quedan latentes las formulaciones cuyas respuestas se pretenden conseguir.

Por ello lo que permanentemente se presentan conflictos de los procesos iniciados en una u otra jurisdicción, hasta la decisión del conflicto por el Tribunal Supremo de Justicia, la cual no ha sido coherente y reiterada, dando la impresión muchas veces, de que tales decisiones son caprichosas, circunstanciales, por motivaciones personales o políticas.

¿Que haremos con los delitos comunes cometidos por militares?

Nuestro vigente Código de Justicia Militar establece, que los delitos comunes son considerados militares, cuando son cometidos por militares en cuarteles, guarniciones, escuelas, almacenes de las Fuerzas Armadas, oficinas y cualquier otro establecimiento militar, en funciones militares, en actos del servicio, en comisiones o con ocasión de ellas. En este sentido, la materia jurisdiccional militar ha sido discutida desde hace mucho tiempo, cambiando con ella, su consideración como especial en la normativa general universal.

La Jurisdicción Militar mereció especial atención al elaborarse el proyecto del vigente Código de Justicia Militar, considerándola como “Materia de suyo delicada y harto discutida en la doctrina”, donde sugieren las siguientes consideraciones:

En la formación del Derecho Penal Militar, la doctrina y la crítica se esmeran por establecer los límites científicos de la jurisdicción militar a base de la determinación técnica del delito militar conforme a los principios y sus elementos diferenciales específicos, y a la vez, en las necesidades del mantenimiento de la disciplina militar, para concluir que es propio de dicha jurisdicción cuanto requiera el mantenimiento de ésta.

No obstante la diversidad de los sistemas y de las críticas que a todos ellos se les hace todavía, ya se ha fijado definitivamente en la doctrina que el delito militar no, lo constituye solamente la violación de un deber peculiar o exclusivo de los militares, y que por lo tanto, los hechos castigados por la Ley Penal Ordinaria, pueden constituir un delito militar cuando por su especial y predominante contenido, constituyen la violación de un deber militar.

La Jurisdicción Penal Militar en la novedosa Constitución Bolivariana de la República de Venezuela, se le otorga el rango constitucional en su Artículo N° 261.

C. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

C.1. OBEJTIVO GENERAL.

Presentar la urgencia en la revisión de la justicia penal militar para la seguridad del ciudadano frente al poder punitivo estatal.

C.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Ofrecer particularidades de términos básicos como Jurisdicción, Competencia, Justicia Penal y Justicia Penal Militar.
- Puntualizar la creciente militarización de la justicia.
- Precisar la íntima relación entre Derechos Humanos y Justicia Penal Militar en Venezuela.
- Ofrecer que ocurre en Venezuela con la Automutilación: Delito, Inmoralidad o Desventura.

D. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

En Venezuela se ha creado una matriz de opinión dirigida a un cuestionamiento de la justicia en general. La Justicia Militar no escapa ello, planteándose la necesidad de su reforma.

Los defectos estructurales de la Justicia Militar en Venezuela, derivan de la naturaleza mixta que tiene esa rama de la administración de justicia, toda vez que se administra por los tribunales que contempla el Código de Justicia Militar, pero también por el Presidente de la República, el Ministro de la Defensa y los Comandantes de Guarnición; situación que ha originado múltiples discrepancias.

Los temas de Derecho Militar son controversiales en cuanto a su trato e interpretación, motivado por una parte, a su especialidad y por otra, a la dificultad de conseguir un patrón común que haga de estas normas una tipología igual para la Comunidad Internacional, ya que cada Estado, tiene su régimen militar acorde con la constitución de sus poderes y conforme a las exigencias de sus elementos básicos: territorio, población y gobierno, que lo obligan a ordenar su legislación militar siguiendo estos mandamientos, si tomar en consideración la igualdad o no con otros Estados.

La Justicia Militar ha sido justificada como elemento necesario para el mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas, institución ésta que tiene su fundamento constitucional en la Seguridad y Defensa del Estado. El estudio histórico de más de cincuenta años de nuestra Justicia Militar, nos permiten revisar para comparar el pasado con la realidad actual que vive el país, donde impera un sistema democrático que quiere hacerse cada vez más perfectible, pero con una Constitución, que aún siendo moderna y con una veintena de años más nueva que el Código de Justicia Militar, ella misma viene reclamando su actualización, pues no podemos soslayar la evidencia de su incompatibilidad con la realidad actual del país y en nuestro caso específico, el Código de Justicia Militar con ella y con la propia realidad.

El desfase de la legislación militar con la presente realidad, tanto en su rama administrativa como en la penal y disciplinaria, mantiene el descontento en el seno de la Institución Armada y en la colectividad en general, creando incredulidad institucional y un sentimiento de rebeldía e insubordinación. Prueba de ello son los

actos de corrupción e insubordinación que ocurren en el seno de las Fuerzas Armadas.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

NOCIÓN DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal, en sentido objetivo, como porción del ordenamiento jurídico, se presenta como un conjunto de preceptos cuya trasgresión ha querido el Estado sancionar con una pena, de la que ha tomado su nombre.

Se habla asimismo del Derecho penal subjetivo o *iuspuniendi*, al referirse al derecho que tiene el Estado a dictar normas penales, y a exigir su aplicación o la imposición de una pena cuando se da el presupuesto del delito, con estricto apego a la legalidad y dentro del marco de las garantías ciudadanas. Cuando se materializa el hecho punible, surge la pretensión punitiva del Estado para hacer efectiva la voluntad de la ley a través del mecanismo jurisdiccional; y, una vez impuesta la pena, corresponde al Estado hacerla efectiva, de acuerdo con las exigencias humanitarias del castigo penal.

A.1. DERECHO PENAL VENEZOLANO.

Las normas penales vigentes en Venezuela, están contenidas fundamentalmente en el Código penal Venezolano. Este Código data de 1926, con una reforma parcial de fecha 27 de junio de 1964.

El primer Código Penal Venezolano es el del 19 de abril de 1863, el cual tuvo una vigencia de apenas cuatro meses. Le sigue el Código Penal de 1873, de influencia española como el primero, que rigió durante veinticuatro años. En 1897 se sanciona un nuevo Código sobre el modelo italiano de Zanardelli de 1889. Siguen los Códigos de 1904 y de 1912, que vuelven a la tradición hispana.

En 1915 se sanciona otro Código, apegado a los lineamientos del Código Zanardelli, aunque con adiciones y siguiendo en algunas materias la orientación española de códigos anteriores. Con las mismas características se presenta el Código Penal de 1926, con el añadido de la apresurada reforma de 1964 en la que se incluyeron algunos tipos y se aumentaron las penalidades, todo ello, en líneas generales, alterando en muchos aspectos la coherencia del sistema, para continuar con una legislación penal apartada de la realidad y que no responde a las condiciones políticas, sociales y económicas del país.

Las nuevas Leyes penales que se han dictado en Venezuela, han introducido modificaciones importantes que afectan el régimen ordinario o fundamental del Código Penal. De esta manera, la Ley de Sometimiento a Juicio y suspensión Condicional de la Pena de 1980 (derogada por la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, G.O. de 25/08/93) hizo más flexible el régimen penológico venezolano; y las leyes orgánicas de Salvaguarda (1983) y sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (1993), han introducido nuevos tipos penales y no pocas excepciones al régimen de nuestro vetusco Código Penal. Asimismo, la Ley Penal del Ambiente (1992), representa un avance en materia penal y penológica. Lamentablemente, ésta y otras leyes especiales en materia penal, han marcado y profundizado el camino desorientador de la decodificación y de la confusión legislativa.

No entra en el contexto de nuestra exposición, el análisis y la crítica de la Ley Penal Venezolana, más no podemos eludir señalar, que nos encontramos frente a un Código penal envejecido, calcado en modelos ya superados, de corte absolutamente clásico, eminentemente represivo y predominantemente objetivos en algunos aspectos. Sin duda, se impone una reforma.

A.2 DIVISIONES DEL DERECHO PENAL.

Se habla de un Derecho Penal fundamental y de un Derecho Penal complementario. El primero, es el que está contenido en el Código penal, como ley

fundamental; y el complementario es el constituido por las disposiciones penales que se encuentran esparcidas en leyes especiales. Otra distinción importante es la de Derecho Penal común y Derecho Penal Especial, según las normas se apliquen a todos los ciudadanos o a una determinada categoría de personas (Derecho Penal Militar). Además se mencionan otras distinciones como las de Derecho Penal Administrativo, Comercial, Industrial, según la relación de las normas con tales materias.

Tales distinciones, según la opinión mayoritaria de la doctrina, deben rechazarse, y como lo observa Antolisel, cabe aquí referirse al celebre adagio: *entia non sunt multiplicanda necessitate*. Las relaciones reguladas por el Derecho Penal son de las más diversa naturaleza, y parece inútil caer en tan fatigosas distinciones. Hacer referencia a ramas del Derecho Penal según el objeto a que se refieren las normas, según la naturaleza de los intereses tutelados, significa, como lo anota Arteaga Sánchez, “desmenuzarlo en infinitas secciones, sin fundamento propio, y con daño para la unidad de principios que impone la regulación de la materia” (16).

A.3. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL EN VENEZUELA. CRÍTICA.

El estudio y la exposición del Derecho penal en Venezuela han estado signados, hasta la primera mitad d siglo XX, por el predominio de la tendencia exegeta y, en la segunda mitad, por el culto exagerado a una dogmática formalista y de complicadas construcciones teóricas, la más de las veces, ajenas a nuestra idiosincrasia y a nuestra tradición. Ello, a nuestro juicio ha mantenido a la ciencia penal venezolana alejada de la realidad, observándose la abismal separación entre la teoría y la práctica iuspenalista.

Ciertamente, se impone a la ciencia penal tomar en cuenta finalidades prácticas. Pero no se trata de ese practicismo que difunde y divulga conocimientos meramente instrumentales, a través de los cuales se nos suministran fórmulas, modelos, pautas y maneras de proceder para satisfacer de forma inmediata exigencias del momento y que convierten a la práctica ius penalista en un ejercicio estéril y

frustrante, alejando de nuestra realidad, repetitivo y apegado a los más estrictos criterios exegéticos. Se trata así de tomar en cuenta los aspectos de la aplicación del derecho a nuestra realidad y llenar de contenido y de vida la práctica jurídico-penal. Ello supone por supuesto, un cambio de mentalidad en los prácticos del derecho penal, y asimismo, un cambio de mentalidad en los teóricos del derecho penal en forma tal, que aquellos comprendan la necesidad de acercarse a la ciencia penal y éstos, la necesidad de tomar en cuenta los problemas vividos en la aplicación del derecho penal.

Los problemas penales no pueden ser atendidos al margen de las consideraciones filosóficas y, asimismo, no puede prescindirse de la raíz ética de institutos fundamentales como el delito y la pena. Y no se trata de confundir lo que no debe confundirse o de introducir elementos extraños a la ciencia jurídico penal.

Nuestra disciplina, centrada en el hombre que realiza el acto ilícito y se hace por ello acreedor a una pena, no puede reducirse simplemente a lo técnico y externo sin tomar en cuenta al hombre, como ser dotado de personalidad moral, como ser libre que persigue la realización de los valores, y, fundamentalmente, no puede prescindirse de las aspiraciones de justicia, de la salvaguarda y consolidación del equilibrio moral de la sociedad que persigue el ordenamiento penal.

Debe insistirse en el cambio de mentalidad que implica que quienes tienen en sus manos la aplicación del derecho penal, adquieran la convicción de la necesidad del conocimiento científico, dejando a un lado las posiciones meramente legalistas, de apego estricto a la letra de la ley, que en definitiva, frustra todas las expectativas de la verdadera ciencia penal. La mayoría de las decisiones de nuestros tribunales está apegadas a la ley, lo que indica que nuestros jueces desconocen la interpretación teleológica y extensiva de las normas.

El *dura lex sed lex*, se lleva así a las exasperaciones más aberrantes, sirviendo para poner de manifiesto no la seguridad jurídica y el límite al arbitrio del Juez, sino el apego a la letra descarnada de la ley en la forma más irracional y contraria a los

más elementales sentimientos jurídicos y a la voluntad de la propia ley. Es así como Jorge Rossell en su cátedra de Derecho Constitucional Penal suele señalar: “lo lamentable es que hay jueces que creen que esa es su labor, sin embargo, no podrán librarse de aceptar que ese sistema imposibilita el ejercicio de la judicatura”.

En definitiva, se trata de poner la dogmática penal al servicio del hombre y sus valores en el contexto social y entender, que su cometido es prestar ayuda y apoyo en la búsqueda de soluciones a los problemas humanos en juego, a la luz de la normativa penal, la cual constituye el marco y límite de la aplicación que hace el Juez, y, asimismo, señalando que el intérprete no puede quedarse en el simple análisis de las normas aisladas, sino que a partir de ellas, debe construir el sistema y deducir los principios que iluminan armónicamente el conjunto normativo, que está integrado por todas aquellas disposiciones que informan el orden constitucional, base de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

A.4. LIMITACIONES AL DERECHO PENAL.

La doctrina penal moderna ha insistido en las limitaciones del Derecho Penal como instrumento humano, al advertir que su función no debe exagerarse; que no debe propiciarse el incremento de normas penales como medio a todos los males sociales. Antes por el contrario, se insiste en que el Derecho Penal es un recurso extremo (último ratio) que sólo debe ser utilizado en casos de imperiosa necesidad y cuando no exista otro medio eficaz para hacer frente a la situación planteada. De no hacerlo así, sostiene la doctrina, el Estado, en definitiva, desprestigia la normativa penal, la transforma en inútil herramienta e, inclusive, él mismo se convierte en un factor criminógeno, al propiciar conductas delictivas y fomentar el terrorismo penal.

En el mismo plano de las limitaciones, se impone observar que el Derecho Penal sólo protege lo que podemos llamar “el orden social básico” o los valores

fundamentales para la convivencia humana y ello lo hace, en opinión de Rodríguez Mourullo, “tomando en cuenta, no cualquier ataque a esos valores, sino los más graves e intolerables que por ello, exigen la sanción penal (características fragmentaria del Derecho Penal)” (17)

A. DEFINICIONES DE DERECHO PENAL MILITAR.

José Rafael Mendoza define como Derecho Penal Militar:

“El estudio de las reglas establecidas por el Estado para determinar los delitos y faltas de violación de los deberes correspondientes a la institución militar, los principios fundamentales sobre los cuales descansa la actividad punitiva estatal militar y el procedimiento señalado para hacer efectiva la responsabilidad en que incurren los militares” (18).

Por su parte, Eugenio Florian conceptúa el Derecho Penal Militar, como “el conjunto de delitos en los que la condición personal de militar (de tierra, de mar o de aire) es expresamente considerada en el sujeto activo como elemento constitutivo de delito” (19)

B.1. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL MILITAR.

Además de ser público, garantizador y normativo, tiene como distintivo resaltante, la severidad; este es su rasgo más caracterizado. Mayor severidad que la que impera en el derecho común, señalándose que ello se origina de las exigencias de obediencia y disciplina, toda vez que casi todos los caracteres específicos del derecho Militar, proceden de esas dos necesidades de

la milicia.

Hay quienes han tratado de sostener que el Derecho Penal Militar es de naturaleza meramente disciplinaria; no obstante, posiciones contrarias adversan tal criterio, señalando, que al lado de delitos en que la infracción de la disciplina aparece en primer plano, encontramos en el Código de Justicia Militar, delitos y faltas que no responden en su totalidad a la idea del mantenimiento de la disciplina y que sin duda podrían figurar en el Código Penal, por ser lesiones a la vida, integridad corporal, propiedad, etc., al mismo tiempo que infieren un perjuicio mediato al ejército.

No puede, no obstante desconocerse que al lado de un gran número de preceptos penales, el Código de Justicia Militar contiene otros, que por la índole de la sanción, lo expedito de procedimiento y la naturaleza de las faltas, han de reputarse de carácter disciplinario, como el no observar el decoro y compostura (Art. 443 Código de Justicia Militar).

Puede por tanto afirmarse, que las llamadas leyes penales militares están integradas por preceptos de naturaleza penal y de tipo administrativo (disciplinario), sin que pueda a priori trazarse el límite entre unos y otros, por requerir un examen caso a caso.

B.2. AUTONOMIA DEL DERECHO PENAL MILITAR.

Tal como señaláramos al referirnos a las divisiones del Derecho Penal, el Derecho Penal Militar es un derecho especial; tiene autonomía propia y sustantividad definitiva. Los principios generales establecidos en el Derecho Penal común en nuestra legislación, son supletorios de los contenidos en el Código de Justicia Militar, tal como lo dispone su Artículo 2º al expresar: “Las disposiciones sustantivas y procesales, civiles y penales, de derecho común son supletorias del presente Código en los casos no previstos por él y en cuanto sean aplicables”.

B.3 FUNDAMENTO DE LA AUTONOMIA.

A criterio de Coquibús, la autonomía del Derecho Penal Militar radica en razones de orden funcional y técnico que emergen de la importancia y significación que la Institución Militar asume en el Estado contemporáneo. A tal efecto señala el autor:

“Las funciones tradicionales de la Institución Militar, han adquirido en nuestra época una complejidad extraordinaria. Su campo de acción es ya únicamente el de la guerra. Comprende, ahora, cooperación con la policía en las aglomeraciones urbanas considerables y zonas rurales desarrolladas, que son centros de intensa actividad civil, comercial, industrial y social, para las cuales el orden y la seguridad constituyen un vital interés” (20)

Por su parte Prieto Silva, al tratar acerca de la especialidad del Derecho Penal Militar, refiriéndose a su autonomía, señala:

“El Derecho Penal Militar, contempla una diversidad de normas sui-generis, que nacen desde el momento mismo de la constitución de cada Estado y la formación de su cuerpo armado regular. El es un derecho propio particular, autónomo, independiente del derecho penal ordinario, aunque la tipología sea semejante”.

NOCIÓN FORMAL DEL DELITO.

Desde el punto de vista formal, el delito puede definirse de acuerdo con lo establecido en el Art. 1° del Código Penal Venezolano, como el hecho previsto expresamente en la Ley como punible; esto es, como el hecho que la ley prohíbe con la amenaza de una pena.

Como vemos, esta noción formal es el punto de partida de la

concepción del delito bajo el amparo del principio de legalidad, ya que ningún hecho puede ser considerado como punible (delito o contravención) sin que la preexistencia de una ley que lo defina como tal al momento de la comisión, ni persona alguna sometida a sanción criminal (pena o medida de seguridad que no esté prevista en dicha ley. Pues la noción formal de delito, no es otra cosa que la descripción de los efectos jurídicos del principio jurídico-político: *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta, stricta, certa et iudicio*.

C.1. NOCIÓN SUSTANCIAL DEL DELITO.

En el plano sustancial, el delito ha de entenderse como un hecho que en sí mismo, lesiona intereses fundamentales de la sociedad protegidos por el ordenamiento jurídico. Siendo así, la noción sustancial del delito apunta generalmente a los contenidos extrajurídicos del mismo.

Interesante resulta a este respecto la definición del profesor Reyes Echandía: “aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como sanción una pena criminal”. (22)

C.2. NOCIÓN ANALÍTICA DEL DELITO.

La ciencia del derecho penal, se ha propuesto fijar una noción analítica del delito, mediante la cual se trata de determinar caracteres, elementos o aspectos del mismo. No pocos autores en la doctrina se oponen a tal noción, señalando que de esta manera se secciona el delito en partes, fragmentándose su unidad.

Evidentemente, el delito es una unidad, pero ello no impide el análisis para determinar lo que se requiere para que el delito surja como unidad. No implica entonces que tal procedimiento permita entender al delito como una suma de partes separadas entre sí. Se trata más bien de distinguir lógicamente

los aspectos de esa unidad, para determinar cuáles son estos aspectos, elementos o requisitos que deben darse para que un hecho de la vida real pueda ser calificado como delito.

En la doctrina se debaten dos posiciones en torno a este tema. De una parte, la denominada concepción tripartita; de la otra, la concepción bipartita.

C.3. CONCEPCIÓN TRIPARTITA.

Según ella, el concepto dogmático del delito se estructura sobre la base de tres elementos o aspectos esenciales: la acción típica, la antijuricidad y la culpabilidad y es así como el delito es “una acción típica, antijurídica y culpable”

Esta concepción ha tenido una compleja evolución en la dogmática alemana a partir de la obra de Liszt y Beling.

C.4. CONCEPCIÓN BIPARTITA.

Según los partidos de esta posición, en el delito no cabría distinguir sino dos elementos: un elemento objetivo, que consiste en el hecho material o comportamiento exterior del hombre y un elemento subjetivo, dado por la actitud de la voluntad que da origen al hecho material, la voluntad culpable.

Para esta concepción, la antijuricidad no es un elemento del delito, sino que es su esencia misma y al ser así, lo abarca en su totalidad; así lo señala Antolisei, entre los autores modernos que siguen la bipartición.

Ahora bien, partiendo de esta concepción que compartimos por parecernos más coherentes, realizaremos el estudio analítico del tipo penal militar (inutilización para el servicio), tema central de nuestra exposición.

ACTUAL CONCEPTO DE TIPICIDAD.

El vocablo tipicidad (del latín *typus* y éste a su vez del griego *tyros*) en su acepción trascendente para el derecho penal “significa símbolo representativo de una

cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que suministra fisonomía propia... Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de una cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella” (23).

El profesor Reyes Echandia muy acertadamente define el tipo penal, como “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible” (24)

El ilustre autor refiere la abstracción al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque bien sabemos que algunas veces aparecen en él referencia objetivas y subjetivas.

Por nuestra parte consideramos, que cuando decimos que el tipo es descripción abstracta de una conducta, sólo queremos puntualizar que el legislador no se refiere al concreto y específico comportamiento de un sujeto determinado, sino a cualquier acción u omisión susceptible de adecuarse al modelo consignado en la Ley.

La expresión “reprochable” sirve para recordar que el legislador sólo describe como típicas, aquellas conductas que merecen rechazo social y son, por lo mismo, dignas de reproche.

Finalmente, la referencia a la punibilidad pretende destacar el hecho de que toda conducta típica implica para su autor la amenaza de una sanción penal; es el aspecto coercitivo, propio de los tipos penales.

Importante es señalar, que la antijurídica, tal como lo expusimos al tratar la concepción bipartita del concepto de delito, si bien subyace en el fondo del tipo, únicamente adquiere relevancia cuando, realizado el hecho penalmente descrito, el Juez, emite sobre él un juicio de desvalor jurídico. Queda claro en todo caso que la antijuricidad no es un elemento del tipo, sino que es la esencia misma del delito, lo abarca en su totalidad. La antijuricidad supone al tipo, ya que resulta inútil hablar de

una conducta antijurídica atípica.

El tipo, como abstracta descripción de conducta, lo entienden la mayor parte de los penalistas contemporáneos, entre ellos Jiménez de Asúa, quien puede ser considerado como el precursor de la doctrina del tipo en América, en virtud de traducciones y comentarios de autores alemanes.

En Venezuela, el profesor José Rafael Mendoza, siguiendo en sus lineamientos fundamentales la metodología de Jiménez de Asúa, dedica XIX de su Curso de Derecho Penal al tema de la tipicidad. Merece destacarse igualmente la importante monografía de Jorge Sosa Chacín y el especial tratamiento que sobre el tema hace Alberto Arteaga, quien no inició en el conocimiento de tan interesante principio, al insistir en su cátedra que “el derecho punitivo está limitado inexorablemente por el marco del tipo, fuera del cual, las acciones u omisiones del hombre le son jurídicamente indiferentes”.

D.1. IMPORTANCIA DE LA TIPICIDAD. FUNCIONES.

La tipicidad no es invento inútil para embrollar la dogmática penal, sino que encarna el más valioso aporte que en el presente siglo se ha hecho a la teoría del delito.

La moderna doctrina penal es acorde en señalar que la tipicidad ejerce una función garantizadora y una función fundamentadora.

D.2. FUNCIÓN GARANTIZADORA.

La tipicidad realiza una función prejurídica de importancia trascendente, pues constituye garantía jurídico-política y social de la propia libertad. Rango constitucional le asigna nuestra Carta Fundamental al establecer en su artículo 69 que: “Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales, ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por la Ley preexistente”. De igual forma el ordinal 2° de su artículo 60 agrega: “nadie podrá ser privado de su libertad

por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la Ley como delito o falta”.

Estas dos normas constitucionales conforman pues, el sistema político que permite garantizar la libertad y seguridad individuales; establecen los principios y se imponen los límites que han de servir de defensa al individuo contra los impetus de la autoridad.

Es precisamente ese mandato constitucional reproducido en el Artículo 1° de nuestro Código Penal y en el 283° del Código de Justicia Militar, el que ha cumplido el legislador venezolano cuando consagra en normas positivas todos aquellos modelos de comportamiento que considera delictuosos y susceptibles por lo mismo, de sanción penal. Allí está pues la tipicidad cumpliendo su más importante función.

Vemos entonces, que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, conquista liberal que adquirió carta de naturaleza jurídica con la Revolución Francesa, encuentra su necesaria concreción en la doctrina de la tipicidad.

D.3 FUNCIÓN FUNDAMENTADORA.

La tipicidad es fundamento de ilicitud, en el sentido de que, mientras el legislador no describa una conducta como típica, no es posible hacer de ella una categoría delictuosa.

Pero la tipicidad no sólo es fundamento del delito *in genere*, sino como bien lo señala Reyes Echandía, “lo es en concreto cuando la descripción contiene particulares referencias de modo, tiempo y lugar que permiten diferenciar una figura delictiva de otra de la misma especie”. Por lo que de acuerdo con lo expresado por el insigne autor, el fundamento legal del infanticidio en la ley penal venezolana, es el tipo descrito en el art. 413 del Código Penal y de no existir este tipo en nuestro ordenamiento positivo, no habría manera de diferenciarlo del homicidio simple, previsto en el art. 407 del mismo Código, ni de otras modalidades como las del homicidio preterintencional y culposo.

De lo anterior se colige, que el concepto de tipo penal nos suministra las bases

jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito.

ESTUDIO ANALÍTICO DEL TIPO PENAL-MILITAR. GENERALIDADES.

Conviene ante todo señalar que de acuerdo con la definición que de la tipicidad se ha dado, no todas las normas del Código Penal y en el caso específico objeto de nuestra consideración, el Código de Justicia Militar, contienen tipos penales; en efecto, las normas de la parte general, con excepción de aquellos que consagran los institutos jurídicos de la tentativa y de la coparticipación, que son dispositivos legales amplificadores del tipo, no contienen tipos penales porque no describen conductas punitivamente conminadas.

En cuanto a la parte especial, allí aparecen consignadas muchas normas explicativas o integradoras de los diversos tipos básicos; otras que consagran meras condiciones de punibilidad o procedibilidad; otras que prevén simples circunstancias modificadoras de la responsabilidad; otras en fin, que sancionan como culposa, una conducta ya descrita en otro lugar como dolosa. De manera que, el número de artículos descritos en el Código de Justicia Militar y en el Código Penal, no es igual al número de tipos penales en ellos contenidos.

Si examinamos esos tipos, encontraremos una serie de elementos comunes que contribuyen a formar su estructura; para identificarlos, basta hacernos la consideración de que todo tipo penal describe una conducta que, realizada por alguien, lesiona o pone en peligro un bien del cual otra persona o entidad es titular; por consiguiente, en cada uno de ellos se identifican dos sujetos; el activo que ejecuta el comportamiento típico y el pasivo, titular del bien o entidad que se lesiona. Una conducta que genéricamente allí aparece consagrada y que siendo por lo regular de naturaleza objetiva-descriptiva, a veces trae referencias normativas o subjetivas y un objeto de doble entidad: jurídica, en cuanto bien normativamente tutelado y material, en cuanto ente (persona, entidad o cosa) sobre la cual recae la conducta típica.

E.1. LA ESPECIALIDAD DEL TIPO PENAL MILITAR.

Es conocido por todos, que la tipificación delictiva en Venezuela como norma común se le ubica en el Código Penal como norma especial se le encuentra en otras leyes especiales. A este derecho penal complementario pertenece como ley especial, el Código de Justicia Militar, para la función de subsidiaridad propia de los principios rectores y las normas generales del Código Penal. El derecho penal militar como derecho especial, es el aplicable a categorías especiales de personas (art. 124 CJM), por jueces militares y mediante procedimiento especial previsto en el Código de Justicia Militar.

La aplicabilidad de la Ley Penal Militar presenta las mismas tres fases de aplicación de la ley penal común, o sea, en el tiempo, en el espacio y en cuanto a las personas.

E.2. ESPECIALIDAD POR SU NATURALEZA.

Al delito militar se le considera especial por su naturaleza, pues, siendo como es el derecho militar, un conjunto de normas con caracteres especiales, será también especial la violación de estas normas.

La especialidad del delito militar como consecuencia de la infracción del ordenamiento respectivo, fue analizada por Manzini, quien citado por Pedro Rafael Romero, expresa: “la norma jurídica que tiende directamente a asegurar el mantenimiento de los fines esenciales de la institución militar, constituye un orden jurídico particular dentro del orden jurídico general del Estado”. (27).

Concepto que según algunos, se actualiza cada vez la institución militar se especializa, se hace más técnica y necesaria en el conjunto internacional para el logro de la paz mundial, coincidiendo las adherentes del concepto de Manzini, que tal necesidad, le da importancia a un ordenamiento específico militar.

E.3. ESPECIALIDAD POR LA PERSONALIDAD DEL ACTOR.

Las leyes militares rigen de manera general a los militares y de manera excepcional a los civiles. El procesalista Arminio Borjas, al referirse a las excepciones del principio *ratione personae*, expone la necesidad de la extensión de la competencia penal militar, en casos de delitos militares cometidos por civiles, fundamentándola en el carácter particular o la especial naturaleza de ciertos hechos delictuosos que reclaman la preferencia de este fuero. Criterio que no compartimos.

En cuanto al sujeto activo del delito militar, es conveniente señalar que en todo tiempo están sometidos a la jurisdicción militar, conforme a lo establecido en el Art. 124° del Código de Justicia Militar; los oficiales sub-oficiales, profesionales de carrera, especialistas, individuos de tropa (guardias nacionales, marineros, soldados, etc.), sea cual fuere su jerarquía y la situación en que se encuentren.

Los alumnos de las escuelas militares y navales; los asimilados; los reos militares que cumplen condenas en establecimientos sujetos a la autoridad militar; los empleados y operarios sin asimilación militar que presten sus servicios en establecimientos o dependencias militares por cualquier delito o falta cometida dentro de ellas.

E.4. ESPECIALIDAD POR EL TERRITORIO.

Tal como lo señaláramos al referirnos a la jurisdicción especial, el legislador penal militar del profesor Mendoza Troconis “es la afirmación de que la competencia exclusiva de un Estado, de sus jurisdicciones y de sus leyes propias, con respecto a todos los actos punibles que han sido cometidos en tu territorio. (29).

Es tal vez en el derecho penal militar donde mejor se cumple el principio de la territorialidad, toda vez que los delitos militares están restringidos por las fronteras estatales, sin obviar por ello sus posibilidades extra - territoriales, como el caso de las llamadas Leyes Escritas de la Guerra, tipología delictiva

militar internacional aceptada a través de los tratados, aunque no obstante, siempre privará el derecho nacional en caso de dualidad de normas referentes a un delito.

La mayoría de los delitos militares cometidos en un Estado, dejan de tener vigencia en otros Estados con esa calificación especial, pudiendo ser punibles como delitos comunes si así están contemplados en el ordenamiento penal ordinario de ese otro Estado. A este respecto señala Prieto Silva, que:

“Puede darse el caso de que la misma norma se encuentre en ambas legislaciones militares, pero la aplicación especial sólo se hace por su violación dentro del territorio de la norma, y su aplicación como delito militar no llega hasta el otro Estado, salvo el caso de contemplación en tratados o cuando se trate de la aplicación de la normativa militar con motivo de un conflicto bélico”. (30)

El concepto de territorio está fijado en los Artículos N° 10 al Artículo N° 15, de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer, a efectos de la aplicación de la ley en el espacio, que en territorio comprende: el territorio geográfico; el mar territorial; el espacio aéreo; las naves y aeronaves. De igual forma, los art. 8° y 9° del Código de Justicia Militar contemplan lo dispuesto acerca de la territorialidad, de acuerdo con los casos señalados en el Art. 4° del Código Penal referidos a las personas de los militares y a los delitos cometidos por éstos en el extranjero y enjuiciables en el país.

DELITO MILITAR. TIPIFICACIÓN.

El art. 383° del Código de Justicia Militar no define las infracciones militares, dice solamente que: “es un delito militar toda acción y omisión que este Código tenga declarado como tal”.

Es así como el Código de Justicia Militar garantiza el principio de legalidad o reserva que se expresa en la conocida máxima del *nullum crimen, nulla poena, sine*

lege. Este principio se encuentra establecido en el Art. 1° del Código Penal al señalar que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente”.

El principio de legalidad, en la fórmula acogida por nuestra ley, trasciende, sin embargo a la simple exigencia de que solo la ley puede crear delitos y penas (principio de reserva legal), ya que implica, asimismo que los hechos y las penas deben estar previamente establecidos en la ley para que una conducta pueda ser sancionada penalmente (principio de la irretroactividad), y que ha de tratarse de hechos y penas determinadas expresamente en la propia ley (principio de la tipicidad).

Históricamente la formulación latina del principio de legalidad se debe a Feurvach (1775-1833). El principio se consagra en la Declaración de los Derechos del Hombre en Filadelfia (1774) t se señalan sus antecedentes en la Magna carta Inglesa de Juan Sin Tierra (1215). Es adoptado por la Revolución Francesa y se anuncia en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, y, pasa luego a la mayor parte de las legislaciones de los Estados Modernos.

No han faltado quienes objeten tal principio, señalándose entre otras cosas, que su consagración favorece a quienes realizan acciones socialmente dañosas, aprovechándose de las imperfecciones de la ley y que se deberían aumentar los poderes del juez, eliminando la prohibición de la analogía y permitiendo así que no queden impunes, hechos merecedores de sanción penal.

F.1. DELITOS MILITARES. UBICACIÓN.

Las diversas especies de delitos militares se encuentran ubicadas en el Título III del Libro Segundo del Código de Justicia Militar, que a su vez los distribuye en once capítulos como a continuación se especifican:

Capítulo I: De los Delitos contra la Integridad, Independencia y Libertad de la Nación.

Capítulo II: De los Delitos contra el Derecho Internacional.

Capítulo III: De la Rebelión.

Capítulo IV: De los Delitos contra el Orden y la seguridad de las Fuerzas Armadas.

Capítulo V: De los Delitos contra los deberes y el Honor Militar.

Capítulo VI: De la Cobardía y otros Delitos contra el Decoro Militar.

Capítulo VII: Del uso indebido de Condecoraciones, Insignias y Títulos Militares.

Capítulo VIII: Delitos contra la Fe Militar.

Capítulo IX: De los Delitos contra las personas y las propiedades.

Capítulo XI: De los Delitos contra la Administración de Justicia Militar.

Ahora bien, toda vez que el punto de partida, motivador del presente estudio, es el delito de Inutilización Voluntaria para el Servicio, ubicado en la Sección Séptima, Capítulo V, que agrupa los delitos contra los Deberes y el Honor Militar, consideramos conveniente señalar las diez especies delictuales que integran dicho Capítulo, a objeto de resaltar la especial ubicación del tipo delictivo que pretendemos analizar; toda vez que su ubicación autónoma es el punto de partida para explicar la penalización de tal conducta, que más que un atentado contra el deber militar, es una desventaja para el actor. Dentro del grupo de delitos contra los Deberes Militares; así tenemos que el mencionado Capítulo V, comprende:

Sección Primera: De la Usurpación y el Abuso de Autoridad.

Sección Segunda: De la Insubordinación.

Sección Tercera: De la Desobediencia.

Sección Cuarta: De la Deserción.

Sección Quinta: Del Abandono del Servicio.

Sección Sexta: De la Negligencia.

Sección Séptima: Inutilización Voluntaria para el Servicio.

Sección Octava: De la Denegación de Auxilio.

Sección Novena: De otros delitos contra la Seguridad de las Fuerzas Armadas.

Sección Décima: De la Evasión de Presos y Prisioneros.

F.2. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL MILITAR.

El delito militar presenta un cúmulo de características que podemos particularizar así:

- Penas severas tanto para los delitos culposos como dolosos.
- Las sanciones son de carácter ejemplarizante, pues más que el transgresor, lo que importa es la intimidación para asegurar la disciplina militar.
- Las sanciones se fundamentan en los deberes quebrantados, los cuales no hieren sentimientos de la sociedad, sino normas de disciplina y obediencia militar.

- Tienen patrones específicos en cuanto a la acción típica: traición, insubordinación, infidelidades, desobediencias, violación a la disciplina y deberes militares.
- Algunos tipos se formulan de manera indeterminada, vaga, excesivamente genérica; de tal modo que resulta imposible saber con exactitud, cuál es el límite de lo penalmente lícito o ilícito a través de figuras sin ningún contenido concreto. Es así como observamos en la descripción de algunos tipos militares, las expresiones: “entregar indebidamente”, “dar maliciosamente”, “impedir de cualquier modo”, “inutilizar de propósito”; “poner en peligro”, “tratar de obtener”; “levantar la voz en sentido subversivo”, “irrespetar en cualquier forma”, etc.

La mención de comportamientos tan imprecisos, tan indefinidos, deja totalmente al arbitrio valorativo del juez la función de resolver lo que será la acción punible, y no puede ser de otra manera. Pero entre tanto, el margen de la certeza ha quedado restringido.

Este modo impreciso de legislar, es característico de los sistemas autoritarios.

G. CONSIDERACIONES FINALES.

No faltarán quienes consideren que detenerse a examinar estos tópicos de la teoría del delito en el ámbito del Código de Justicia Militar, es tarea inútil y pretenciosa.

Puede ser, sin embargo, que esto no sea del todo correcto. En primer lugar, porque este siglo de los Derechos Humanos (a partir de la declaración universal de las Naciones Unidas del 10/12/1948), o parece esto sobreabundante, toda vez que como bien lo señala Beristain Ipiña, citado por Frías Caballero, “un Derecho Penal al servicio de los derechos del hombre no puede intentar proteger éstos de cualquier modo y sin ningún límite” (31).

En segundo lugar, porque los principios que conciernen a la elaboración legal doctrinaria del delito (principio de legalidad, de reserva, de tipicidad, del bien jurídico y de la culpabilidad), y tienden a proteger la seguridad del ciudadano (civiles o militares) frente al poder punitivo, del Estado, al brindarle la posibilidad de conocer al ámbito de lo penalmente permitido.

En tercer lugar, porque tales principios tienen originariamente una raíz democrática y únicamente cobran su verdadera dimensión y sentido, dentro de un Estado Social y democrático de Derecho. Fuera de él, su mera vigencia formal carece de significación. He allí la importancia de los mismos y el por qué de su tratamiento como entrada al tema central.

H. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE UN TIPO PENAL INÚTIL. UBICACIÓN LEGAL.

Dispone el art. 546 del Código de Justicia Militar: “El individuo de la clase de tropa que se inutilice voluntariamente para eximirse del servicio militar, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años”.

El Reglamento de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar en sus arts. 78 y 79, permite acordar diferimiento absoluto de la prestación del Servicio Militar

Activo, a los que por defecto físico o enfermedad, estén imposibilitados permanentemente para la prestación del mismo. En el medio castrense suele considerarse como defecto físico permanente, la carencia de una extremidad e impotencia para su libre funcionamiento y la carencia e impotencia de dos o más dedos de una mano o del pulgar y el índice de la derecha.

I. EL SUJETO ACTIVO.

El sujeto activo de este delito, es el “individuo de la clase de tropa”, que de acuerdo al Diccionario Militar de Cabanellas, es “el grupo de fuerzas que integran los soldados, los cabos y los cabos primeros” (32). Así se infiere igualmente del art. 129 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (LOFAN), cuando al establecer la jerarquía militar en el Ejército y la Armada, ubica dentro de las “clases”, al cabo primero y segundo y dentro de los “soldados y marinería”, al soldado distinguido = marinero distinguido, soldado raso = marinero.

Vemos entonces que la norma alude como sujeto activo al “soldado” que por antonomasia, es el escalón inicial e inferior en la jerarquía del ejército de tierra, equiparado así al simple marinero.

Los soldados son por sí mismos Ejército, apenas se articulan bajo un mando, dando inicio así a la relación de disciplina y obediencia máxima como súbditos activos de la patria.

Realmente, hasta incorporarse a las unidades militares, no cabe hablar de “soldados” y hasta se regatea esa denominación en los primeros meses, durante la instrucción, llamándoseles con más o menos aspereza “reclutas”. La jura o promesa a la bandera, suele constituir el espaldarazo que capacita al incorporado para llamarse “soldado” o “individuo de tropa”. La calificación de “soldado” implica el servicio activo y el vestir el uniforme.

El soldado en Venezuela procede de la prestación obligatoria que el deber patriótico concreta en el servicio militar; y decimos obligatoria, para contrastar el criterio que actualmente prevalece dentro de las Fuerzas Armadas, al proclamar con

orgullo la “voluntariedad” del servicio y la “eliminación” de los operativos para el reclutamiento forzoso.

Tal voluntariedad, a nuestro juicio, obedece en la mayoría de los casos, no al encomiable deber para con la patria, sino a las retribuciones económicas que actualmente perciben los soldados, permitiéndoles solventar, en parte, sus necesidades básicas y la de sus grupos familiares.

La remuneración también ha generado corruptelas y fraudes para el ingreso al servicio, aumentando las desigualdades discriminatorias en la selección.

J. LA ANTIJURICIDAD MATERIAL EN EL DELITO DE INUTILIZACIÓN.

Tal como lo afirma Reyes Echandía:

La razón de ser de los tipos penales no es otra, que la necesidad advertida por el Estado de proteger sus propios intereses, los de la sociedad y los de las personas, de aquellos comportamientos humanos que la experiencia ha demostrado aptos para lesionarlos. (33)

Por tanto la esencia de lo antijurídico, radica en la vulnerabilidad de tales intereses; de manera que cuando una conducta determinada no implica ofensa a los valores jurídicos así defendidos, no cabe sobre ella juicio de reproche penal; no es antijurídica.

La norma contenida en el art. 545 (C. De J. M.), protege un bien jurídico del Estado, como lo es, la institución del servicio militar, la cual coadyuva a la seguridad y defensa del mismo Estado.

Ahora bien, si es cierto que la antijuricidad supone lesión o peligro de intereses jurídicamente tutelados, no es menos cierto que ese solo hecho es insuficiente para emitir un juicio desvalorativo que constituye la esencia de la antijuricidad. En efecto, la inutilización del soldado, como simple conducta material, con exclusión del nexo psicológico de autor a hecho, no es suficiente por sí misma para lesionar o poner en peligro el interés del Estado;

insuficiente por tanto, para calificar tal conducta de antijuricidad, pues es necesario, para poder calificarla de tal que sea jurídicamente reprochable y tal como sostenemos, los actos de disposición sobre el propio cuerpo, con prescindencia de un ánimo o finalidad lesiva a otro bien jurídico distinto al de la propia persona, no son jurídicamente reprochables; es por ello que las lesiones al propio cuerpo, no se penalizan; no están expresamente prohibidas por el derecho, pudiendo entonces afirmarse “que lo que no está prohibido está permitido”. A tal respecto Cossio expresa:

La conducta que no está jurídicamente prohibida, está jurídicamente permitida, pues la libertad jurídica es la regla general y las normas del derecho, si no la dieran por supuesta, tendrían que prever todos los casos, lo que por cierto es absolutamente imposible. (34)

Esta relación de la libertad (lo permitido o lícito) sobre lo prohibido, muestra que el postulado “lo que no está prohibido está permitido”, no es sólo un principio fundamental del derecho, sino que asume el rango de axioma ontológico del pensamiento jurídico. Toda prohibición jurídica recorta coactivamente el ámbito de la libertad de acción social y por esto tiene que ser legítimada. Es verdad, sin embargo, que en el campo de la libertad jurídica coexisten conductas de distinto valor jurídico; pero, esto sí, ninguna de ellas desvaloradas por el derecho.

K. LA INSIGNIFICANCIA DEL DAÑO.

Definida la antijuricidad como juicio de valor sobre conducta típica en la medida en que ella lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado en el tipo penal, fácil resulta comprender la relación entre este concepto y el de bien jurídico.

Le asiste razón a Novoa Monreal cuando advierte, que no puede comprenderse debidamente el fenómeno de la antijuricidad como característica del delito, “si no se acude a la noción de bienes jurídicos que el derecho tutela y que son

el objeto de ataque de las conductas delictuosas”. (35)

Por consiguiente, y a menos que el Juez quiera aplicar la ley e modo irracional, no le es permitido imponer penas criminales sino con respecto a conductas que han provocado efectivamente la lesión o el peligro que la norma quería prevenir. Esto es el principio de antijuricidad material, también llamado “principio de lesividad”, el cual supone la punibilidad de conductas que sin justa causa, dañen o amenacen un bien jurídico tutelado, excluyéndose por tanto, de pena criminal por carencia de antijuricidad, las conductas justificadas (antijuricidad formal) y los hechos inocuos o inofensivos (falta de antijuricidad material).

Por consiguiente, la autolesión del soldado, per se, como mera conducta objetiva, no produce daño alguno al interés del Estado, cuando tal conducta obedece sólo a un ejercicio de disposición sobre la propia persona. Y asimismo, aún cuando la conducta del soldado lleve la finalidad prevista en el tipo, no produce un daño significativo al bien jurídico del Estado por las razones siguientes.

Si bien es cierto que la automutilación no es una conducta ejemplar desde el punto de vista de lo moral, se hace tolerable y comprensible al mantenerse dentro del marco de la libertad del ser humano.

En la práctica, la inutilización del soldado es una conducta de escasísima frecuencia, por lo que la lesión, o peligro de lesión del bien jurídico tutelado, se torna remoto.

La Ley Penal no sanciona los actos lesivos al propio cuerpo, por lo que los mismos, desde el punto de vista del derecho, son indudablemente lícitos. Recordemos aquí el axioma “lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido.

Es así, por lo que la justicia retributiva en que el derecho penal se inspira, de un lado, y la racionalidad de otro, exigen que el mal de la pena sea una respuesta proporcional al mal del delito. Esto es, según Roxin, “el principio regulador de la insignificación”; es decir, el criterio de “la relevancia social de las conductas que reprime, de los bienes de tutela y de los valores que impone, de suerte que el

derecho penal no se expide para sancionar inocuidades ni bagatelas"”(36). Tal principio, a nuestro criterio, permite en la mayoría de los tipos, excluir desde un principio daños de poca importancia, que al igual que la ausencia de daño, no sobrepasan el umbral de la criminalidad.

El “principio regulador de la insignificancia”, debe prevalecer al analizar el hecho de la inutilización para evadir el servicio militar; es decir, como criterio restrictivo de la interpretación literal del tipo contenido en el art. 546 (C. De J.M.); toda vez que la insignificancia del daño que tal conducta produce y lo inocuo per se de la misma, no guarda en justicia ninguna proporción con la entidad de la pena conminada (de uno a cuatro años de prisión), resultando absurdo que la ley penal militar, por su carácter ejemplarizante y preventivo, persiga con su severidad punitiva un hecho que no perturba gravemente el interés o bien jurídico que pretende proteger.

Conviene recordar aquí lo que al respecto escribiera Marquardt:

No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concierne a la esfera de protección del derecho penal, sino solamente aquellos que por su especial gravedad son considerados como merecedores de pena. (37)

La antijuricidad material exige entonces, que el sistema penal se oriente hacia el “principio de la racionalidad de la pena”, lo que en consecuencia implica:

- a) Una pena justa; es decir, razonablemente proporcionada a la gravedad del daño real o potencial que se quiere prevenir.
- b) Que la pena sea necesaria, pues una pena innecesaria no protege un verdadero bien jurídico, sino que lo protege en exceso. La pena innecesaria es violencia, que como tal, genera y multiplica la violencia en el seno de un conglomerado social.
- c) Que la pena sea concretamente merecida por el individuo, lo cual significa que no debe imponerse por el principio de responsabilidad objetiva, según la cual, el evento se le imputa al agente sin necesidad de establecer un nexo subjetivo entre la conducta y su resultado final; sin establecer si el resultado ha sido querido por el agente, o si ha sido fruto de su imprudencia, impericia, alteraciones psicológicas,

etc., sino que la pena debe ser impuesta en función de una culpabilidad jurídica (no ética) y vinculada a la gravedad del injusto material.

La inutilización del soldado para eludir el servicio militar, es uno de los casos que con muy poca frecuencia, como lo dijimos anteriormente, lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido en el tipo que la contiene; por lo que creemos, que ha sido la técnica legislativa de la redacción del tipo, por la amplia generalidad del lenguaje, quien da a tal figura un alcance mayor al propuesto o deseado por la misma ley, haciéndose necesario por lo tanto, un criterio limitador que concilie la justicia material y la seguridad jurídica, llámese antijuricidad material, lesividad, insignificancia, proporcionalidad, etc., siempre bajo la regencia del “derecho penal mínimo”.

Por lo demás, y desde este punto de vista, está claro que el juez penal no es solo un instrumento de control de conductas ilegales (por mandato de la ley), sino también un medio de control de leyes arbitrarias o abusivas (por ministerio de la Constitución, el derecho internacional positivo, los principios generales del derecho y las exigencias del Estado Democrático de Derecho).

L. LA CULPABILIDAD. GENERALIDADES.

En un Estado de derecho, el delito y la pena tienen que regularse por la ley (previa, escrita, estricta y cierta) y únicamente por ella; esa ley ha de respetar los límites formales y materiales establecidos en la constitución y los tratados públicos, pero respetando en todo caso, la dignidad y autonomía ética del individuo y protegiendo, incluso penalmente, sus bienes fundamentales y sus derechos humanos.

Dentro de ese marco, compete a la ley determinar lo “actos” o “hechos” conminados con pena criminal y del mismo modo, la pena que se conmina y por tanto, configurar un derecho penal que solo puede ser “derecho penal de acto”. Está proscrito pues, el establecimiento de un “derecho penal de autor”, de tipo perfeccionista y moralizador.

Tratándose de un derecho penal del hecho y por consiguiente, de una

responsabilidad por los actos, solo se podrá llamar “acto”, al acto voluntario; y voluntario, al proceso que la voluntad domina y controla. La culpabilidad por el hecho, no es un juicio de reproche sobre los motivos de la voluntad y la actitud interna, sobre el sentimiento o el ánimo del agente frente al derecho, sino la forma y grado de su participación interna en el hecho criminoso; por lo que al no ser ética la culpabilidad jurídico penal, no es un reproche moral por hechos antijurídicos, ni un reproche jurídico por actitudes inmorales, sino la faz interna o subjetiva del injusto típico.

La ley rechaza el hecho lesivo al reputarlo injusto, pero no puede rechazar al autor porque tiene que seguir considerándolo como persona digna y moralmente autónoma, que como tal, no puede sufrir por el hecho simplemente, una pena retributiva, sino a lo sumo, una pena justa.

“La pena injusta (excesiva, desproporcionada, indeterminada) aterroriza, pero no previene el mal del delito, sino que lo duplica, se convierte en un factor multiplicador de la violencia social activa y reactiva. (38)

La culpabilidad como “principio” no suele ser mencionada expresamente entre los derechos fundamentales de la persona, ni incluido de modo explícito en las Constituciones. No obstante puede afirmarse, que tanto en la doctrina como en la legislación penal, se reconocer como principio general, el aserto del *nullum crimen sine culpa*.

De acuerdo con este principio, no hay delito sin culpa, no hay delito por el solo hecho producido causalmente. Por tanto, para que subsista el hecho punible, no se requiere tan sólo la realización de un hecho típico lesivo, sino que se exige la referencia a la voluntad que acompaña tal hecho.

El juicio de culpabilidad, se formula en razón de un hecho concreto del hombre y no en razón de su personalidad. Se es culpable en razón de un hecho expresamente previsto en la ley como punible, dado que la responsabilidad penal en nuestro código penal, precisamente se establece por tales hechos (Art. 1° del C.P.V.).

Ahora bien, lo afirmado, aunque si implica un rechazo a quienes han sostenido que la personalidad del individuo constituye el objeto del juicio de culpabilidad, siendo el hecho concreto un síntoma de la personalidad del agente, un medio de conocimiento de la culpabilidad, la cual en definitiva debe entenderse como una anomalía del carácter (culpabilidad del autor), “no significa que el juicio de culpabilidad no tenga nada que ver con las características personales del individuo. El juicio de culpabilidad se formula sobre el hecho concreto, pero el mismo no puede ser entendido en su plenitud sin una referencia a la personalidad de su autor. (39).

Vemos entonces, que motivación y personalidad, juegan un papel de importancia en el juicio de culpabilidad, por lo que, de su consideración, puede llegar a excluirse la culpabilidad por la anormalidad del acto volitivo, en determinados casos, o pueden constituir criterios para la graduación de la culpabilidad.

De esta manera, el Código Penal Venezolano contiene no pocas disposiciones en que se hace alusión a la motivación del sujeto en la comisión del hecho para agravar o atenuar la culpabilidad, motivación que constituye un reflejo de una determinada personalidad (Art. 77, ord. 2º y 4º; Art. 408, ord. 1º; Art. 413 y 436, etc.)

M. LA PENALIZACIÓN DE UNA ACTITUD SOSPECHOSA.

El Legislador penal militar al enfatizar sobre la conducta de inutilización del soldado, se preocupó más por la exteriorización de la misma desde su ángulo material; por lo que la descripción típica resulta señaladamente objetivista.

Se reprocha la alteración del propio organismo al presumirse como finalidad o intención el sentimiento violatorio al deber militar, evadiendo indagar cualquier otra motivación.

La conducta lesiva al propio cuerpo, objetivamente, como manifestación exterior, como simple conducta, está desprovista de coloración psíquica en orden a establecer claramente y a priori, una finalidad dañosa contra un bien jurídico distinto

al del propio cuerpo. Ahora bien, es innegable que cuando un comportamiento objetivamente considerado no lesiona ningún interés jurídico fundamental, pero que unido a la pretensión radicada en el ánimo del agente se hace digna de sanción, al legislador no le queda otro camino que consagrar en el tipo la referencia subjetiva. Resulta, pues evidente que el legislador hace alusión a ciertas finalidades, ánimos o propósitos que debe perseguir el agente para evitar el equívoco que pudiera surgir del interpretar como típico cualquier acto externo. Sería esta la única manera de distinguir, la inutilización del propio cuerpo como acto de disposición sobre el mismo, de la inutilización para eludir la prestación del servicio militar. Desde un punto de vista puramente objetivo, los dos hechos son idénticos por lo que, sin la referencia anímica al autor, se correría el riesgo de sancionar al soldado por una conducta que el derecho no penaliza o de dejar impune, el comportamiento criminoso.

Pero la finalidad, ánimo o propósito, compartiendo opiniones muy respetables, son elementos subjetivos del tipo, que no deben ser incluidos dentro de la culpabilidad, porque ellos son meras referencias a la sique del agente que cualifica su conducta y así aparecen consignados en el tipo. La culpabilidad por su parte, constituye el aspecto subjetivo del delito (dolo o culpa), y como quiera que de delito solo puede hablarse frente a una conducta típica, puede concluirse que la comprobación de tales elementos subjetivos es previa a la calificación jurídica de la conducta. Jiménez Huerta, al respecto observa:

Ordinariamente el tipo se determina con criterio objetivo, con base en el comportamiento humano, pero existen casos en los que la determinación de la conducta objetiva hace en relación con elementos psíquicos que no pertenecen a la culpabilidad sino que se injertan en la determinación del tipo y condicionan su existencia; tales hipótesis carecen de relevancia a los fines de la culpabilidad. (40)

Es cierto que no siempre resulta fácil distinguir cuando una referencia psíquica prevista en el tipo es elemento subjetivo del mismo o pleonástica repetición del dolo; ello, porque ocurre que algunas descripciones contienen alusiones expresas a la culpabilidad que nada nuevo aportan a la descripción típica, pues no es cosa distinta del requerimiento al dolo que hace el art. 61 de nuestro Código Penal y que por estar incluido en la parte general del mismo, se aplica a todos los delitos.

Ciertamente, en nuestra legislación el dolo se considera como la regla general, al establecer el mencionado artículo, que “nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”.

De la inteligencia de esta disposición se deduce que para la formación del juicio de culpabilidad y subsiguiente responsabilidad, se requiere que el sujeto haya cometido el hecho con dolo, salvo que la propia ley la ponga a cargo del agente a título de culpa, de preterintención o, de otra manera, como consecuencia de su acción u omisión.

Un procedimiento muy simple señalado por no pocos autores, para distinguir si la referencia psíquica prevista en el tipo es elemento subjetivo o repetición innecesaria de dolo, es el suprimir mentalmente la referencia subjetiva contenida en la norma y si la conducta sigue siendo típicamente ilícita, estamos en presencia de una inútil repetición de dolo; si en cambio, al suprimir mentalmente la referencia subjetiva, la conducta deja de ser típica, o se acomoda a otro tipo penal, se trataría entonces de un verdadero elemento subjetivo del tipo.

Así, en el delito de inutilización para evadir el servicio militar, la norma contiene como finalidad o propósito del soldado: “eximirse del servicio militar”, por lo que si suprimimos tal finalidad o referencia subjetiva, la conducta del soldado deja de ser típica, por lo que tal referencia es un elemento subjetivo del tipo, que no tiene nada que ver con la culpabilidad.

No es pues el dolo lo que permite distinguir un delito de otro,

sino la referencia psicológica que de la conducta del agente hace el legislador, y esa referencia psicológica desde el momento en que se halla incrustada en el tipo, es un elemento suyo. En consecuencia, la falta del propósito de eximirse del servicio militar, no permite que nazca a la vida jurídica el delito de “inutilización del soldado”, por ausencia de tipicidad.

Aquí estriba precisamente la dificultad que suele presentarse al juez militar al juzgar al “individuo de tropa” que se inutiliza. Corre siempre el riesgo de penalizar una conducta irrelevante al derecho, ya que este tipo penal de peligro abstracto, hace engorroso establecer en forma inequívoca la finalidad o propósito del soldado. Tal situación requiere por tanto, no un juzgamiento en abstracto, sino concreto, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones en que se ha desarrollado la acción, la situación especial del soldado y las circunstancias de tiempo y espacio en que actúa, porque el juicio de responsabilidad penal ha de emitirse sobre conducta humana (con toda la complejidad que encierra este vocablo) y no exclusivamente sobre el hecho, como simple modificación del mundo exterior. Lo que significa, que dentro de ciertas pautas generales, cada caso ha de resolverse con criterios individualizados. Lo contrario, es admitir la ya superada responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad; destruyendo así el insustituible apotegma jurídico en virtud del cual “no hay delito sin culpabilidad”, conquista del Derecho Penal Liberal.

Mendoza Troconis señala, que para la imputación política de la mutilación del conscripto, “basta el simple fin de eximirse del servicio militar, aunque no esté seguido del daño efectivo” (41) Observa el maestro, que los tribunales franceses han decidido aplicar la pena ordinaria al hecho de la mutilación de un conscripto, aunque después haya resultado que, por otros impedimentos no conocidos ni previstos por él, era incapaz para el servicio militar y tenía derecho a ser exceptuado, aún sin aquella mutilación.

La opinión de Mendoza y la jurisprudencia señalada, refuerza lo que hemos venido sosteniendo; es decir, que el tipo penal en estudio, está

inmerso de un objetivismo extremo que no atiende a las exigencias del principio de culpabilidad, al activar los superados sistemas de responsabilidad objetiva.

La conducta se halla prohibida per se, en razón de su presunta potencialidad ofensora al bien jurídico; se considera un desvalor de intención o de actitud interna frente a la norma.

Ello nos permite afirmar que el delito referido se consuma al inutilizarse el soldado; lo que se penaliza es ese resultado externo al presumirlo potencialmente lesivo y no el resultado ofensivo efectivo, producto de la conducta dolosa o culposa.

Es aquí donde el bien jurídico como garantía, cumple el importante papel de impedir la punición para infracciones meramente presuntas de los bienes tutelados, ya que ellas no son ofensas reales ni comportan verdadero “desvalor de resultado”, reduciéndose a un mero “desvalor de acto”, que solo traduce un desvalor ético. Tal como expresa Roxin, “El Estado democrático no puede imponer penas por actitudes, sentimientos, ideas o sospechas” (42)

N. TIPOS PENALES DE PELIGRO.

Existen tipos penales que describen conductas lesivas de intereses jurídicos y otros, referidos a comportamientos más o menos inocuos cuya característica sería la de su potencialidad para causar daño.

Debemos partir de la premisa de que todo tipo penal busca proteger determinado interés jurídico y que la conducta que en ellos se describe, en alguna forma vulnera dicho interés.

En los llamados “tipos de lesión”, el interés jurídico protegido se altera efectivamente; a tiempo que en los denominados “de peligro”, esa alteración es de carácter potencial. Respecto a estos últimos señala Reyes Echandía:

“La antijuricidad surge desde el mismo momento en que la

conducta típica es apta para destruir o disminuir el interés jurídico que se desea amparar o cuando simplemente lo ponga en peligro; no se requiere, pues, su efectiva lesión, hasta el riesgo corrido. (43)

Compartimos la posición del fallecido jurista; no obstante, consideramos que aunque ordinariamente los tipos de lesión exigen la verificación de un resultado naturalísticamente entendido, y los de peligro, la mera realización de la conducta, tal afirmación no puede tomarse en sentido absoluto, dado que existen tipos de mera conducta en relación con los cuales, el comportamiento del sujeto activo efectivamente lesiona el bien tutelado, como los de difamación, injuria, falso testimonio.

La necesidad de una protección más eficaz, ha llevado a admitir, de modo creciente la creación de un riesgo o peligro; esto es, de un estado de probabilidad empírica de producción del daño al bien jurídico. Estos son los llamados “delitos de peligro”, dentro de los cuales la doctrina suele distinguir: los de peligro concreto, abstracto y presunto.

O. EL PELIGRO PRESUNTO.

Los llamados tipos de peligro presunto, no exigen la prueba en peligro; basta en ellos que la conducta se realice y en consecuencia, el ilícito se estructura independientemente de la demostración de la existencia o inexistencia de un efectivo peligro sobre el bien jurídico tutelado. Para Reyes Echandía, en este tipo de delito, “el peligro se presume juris et de jure, lo que significa que no le es permitido al agente demostrar que el bien jurídico de que se trata, no estuvo en peligro de sufrir lesión alguna” (44).

Siendo así, observamos que el “delito de inutilización” concreta una extensión arbitraria de la punibilidad, toda vez que como ejemplo de tipo de “peligro presunto”, no sólo evidencia una peligrosidad en abstracto de la conducta del soldado, sino que tal peligrosidad no tiene que aparecer o comprobarse como una propiedad de la

acción imputada, sino que se presume por la ley; presunción que como regla general, no admitirá prueba en contrario.

En este delito, la peligrosidad proviene de la propia ley, es una peligrosidad supuesta por el tipo, pero que no corresponde, o no se sabe si corresponde a la realidad.

Este peligro presunto resulta contrario al principio de la antijuricidad material, por lo que, la automutilación del soldado viene a quedar como un puro delito de desobediencia, cuya antijuricidad sería puramente formal, con grave peligro para la libertad, por la extensión arbitraria de la punibilidad que el tipo implica. Tales delitos de peligro presunto, deben rechazarse como contrarios al principio de la antijuricidad material.

Con relación a la mínima posibilidad de peligro que la conducta del soldado acarrea al interés del Estado por la escasa frecuencia de la misma y asimismo por el carácter ejemplarizante y severo de las penas contenidas en el Código de Justicia Militar, es acertada la opinión de Gallo, cuando señala:

No hay duda que en ausencia de toda y cualquier peligrosidad concreta de la conducta, la pena tendría una función pura y simplemente preventiva frente a terceros y frente al agente. Con respecto a estos últimos, en efecto, la razón determinante de la pena no sería de comportamiento realizado, sino una actitud personal que violando una regla de obediencia, dejaría un cierto grado de peligrosidad social. (45)

Ciertamente, si se utiliza la pena como medida preventiva, (lo que se advierte con bastante frecuencia en la tipificación penal militar), no habría acción que no fuera susceptible en algún grado y momento, de apreciarse como contraria a la preservación de los intereses jurídicos, que por lo demás, no pocas veces son ideológicos o ideales, “primarios”, como los califican algunos, tales como el orden público y la seguridad del Estado, que son intereses muy abstractos y difusos.

Todo ello, es una vía propicia hacia la dictadura penal, toda vez, que la base retributiva de la pena (que es la proporcionalidad), se extravía y sacrifica en aras de puntos de vista de prevención general que no siempre son justos.

P. UN TIPO PENAL DE DIFÍCIL APLICACIÓN.

Consideramos, luego del análisis del tipo contenido en el art. 546 del Código de Justicia Militar a la luz de los principios que rigen el moderno derecho penal liberal, que debe serle harto dificultoso al juez castrense, interpretar y aplicar esta norma de descripción tan equívoca. Corre el riesgo por ello, de sancionar la mera desobediencia al deber, sin realización de conducta que dañe o ponga en peligro cierto el bien jurídico que se pretende tutelar; o de penalizar una conducta relevante a la moral y no al derecho, enrubándose así, hacia un derecho penal de ánimo, de culpabilidad moral.

Con este tipo penal se hace engorroso establecer en forma inequívoca la finalidad de la conducta del soldado; es decir, si actuó movido por un estado anímico propio de una personalidad sociopática, de un estado depresivo severo, etc: o si ciertamente la conducta obedeció a la intención de eximirse del servicio militar, que por lo demás, revela en todo caso, signos de una patología psíquica. Quien atenta contra su propia integridad física, está manifestado poca autoestima y a quien no siente estima hacia sí mismo, menos puede exigirsele estima por su patria. Es con la pena, entonces, como el Estado pretende resolver tal situación?

Muy acertadamente expresa Maurach, al referirse a los tipos de tendencia interna trascendente:

La construcción de estos tipos se basa en el hecho de que un proceso en apariencia irrelevante jurídicamente, solo puede ser calificado como suceso criminoso tras averiguar y fijar, en conformidad al tipo, el motivo o intención. (46)

Es que tal intención la que permite distinguir en esta clase de tipos, cuando una misma conducta, desde el punto de vista objetivo, es lícita o ilícita.

En nuestras indagaciones, en orden a la elaboración de esta investigación, pudimos percibir que el criterio prevaleciente entre los oficiales encargados de la conscripción y alistamiento militar, es el de considerar, que cuando el soldado se inutiliza es para evadir el servicio militar. Eliminan a priori el considerar cualquier otra motivación (imprudencia, impericia, depresiones, trastornos conductuales, entre otros)

Uno de los argumentos (“primarios”) que aducen a tal respecto, es el de la “seguridad” de la armas que se le asignan a los soldados, lo que hace, según ellos, poco menos que imposible que un acto imprudente o imperito pueda provocar su activación.

No se plantean la situación de por qué la ley militar no sanciona al que contrae matrimonio “apresuradamente” con el solo propósito, (públicamente manifestado), de eximirse del servicio militar. Si ambas conductas (automutilación y matrimonio) pueden configurar un incumplimiento al deber para con la patria, por qué solo se castiga la “inutilización”.

Todos estos son los motivos que nos llevan a afirmar que más que el incumplimiento al deber, lo que en definitiva se penaliza es el acto de disposición del propio cuerpo, invadiéndose así el ámbito de acción que tiene la persona reservada a su conciencia y si bien, son muchos los caminos que fácticamente se siguen para invadir este ámbito, resulta particularmente intolerable que lo viole la propia ley en su texto.

Afortunadamente, los jueces militares, quienes actualmente en su mayoría son abogados formados a la luz de las modernas tendencias del derecho penal, si se dan a la tarea de analizar las complejidades de esta norma de descripción tan equívoca; se

pasean por los riesgos de una desacertada decisión y manifiestan tácitamente a través de sus estadísticas:

- Que la conducta descrita en el art. 546 (C. De J. M.), se dá muy esporádicamente.
- Que la dificultad de establecer con certeza la culpabilidad del soldado hace necesario dar por terminadas las causas que se inician por tan infrecuente conducta.
- Que en definitiva, el art. 546° es un tipo “inútil”.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

A. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA A UTILIZARSE.

A objeto de verificar la inutilidad del tipo penal contenido en el art. 546 del Código de Justicia Militar, el cual describe el delito de inutilización para evadir el servicio militar, se realizó una investigación descriptiva, documental y de campo.

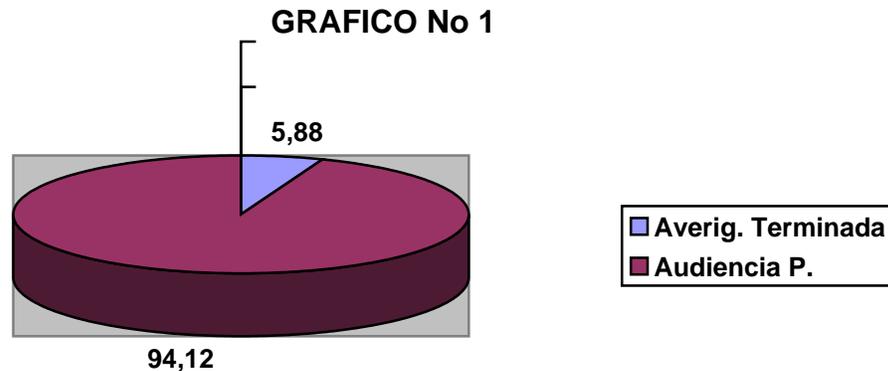
B. PROCEDIMIENTO A EMPLEAR.

A tal efecto, se recabaron datos estadísticos de dos Tribunales Militares de primera Instancia; solicitando uno de ellos no ser identificado.

De la información estadística obtenida de ambos tribunales, relacionada con el número de causas ingresadas con ocasión del delito de inutilización (art. 546 C. De J. M.) pudimos observar:

Que los años 2.000 al 2.002, ingresaron un total de diecisiete (17) causas entre ambos tribunales; de los cuales, dieciséis (16) de ellas (94.12 por ciento), culminaron en Averiguación Terminada, encontrándose la restante (5,88 por ciento), en estado de audiencia preliminar.

C. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.



Es así como las estadísticas confirman:

- Que la inutilización del soldado para eximirse del servicio Militar Obligatorio, es una conducta que se da muy esporádicamente; por lo que la lesión o peligro de lesión al bien jurídico tutelado, se torna remota.
- Que la descripción tan equívoca del tipo, dificulta establecer con certeza, la finalidad de la conducta del soldado; es decir, si actuó movido por anormales condiciones psíquicas o con la intención e incumplir el deber militar.

Tal dificultad, es la que en definitiva conduce a declarar terminadas las averiguaciones, convirtiéndose así el tipo, en un tipo penal de difícil aplicación y en definitiva, inútil.

CAPÍTULO IV

OTRO QUE TRATAR

A. LA INUTILIZACIÓN: TIPO DE DESERCIÓN GENÉRICA.

El Código de Justicia Militar (C. De J. M.) en su Capítulo V, Título III de su Libro Segundo, agrupa diez tipos delictivos en contra los deberes y el Honor Militar, ubicando en la sección VII de dicho Capítulo, el “delito de inutilización para eximirse del servicio militar (Art. 546°).

Se deduce entonces que al ubicar esta figura dentro de la sección que agrupa a los delitos contra los Deberes Militares, el legislador castrense ha considerado, que al materializarse la inutilización o automutilación del “individuo de la clase de tropa” y quedar irremisiblemente impedido de cumplir con el deber de prestar el servicio militar, se configura en consecuencia, el abandono del mismo en forma definitiva, al tener que separarse de dicho servicio.

Ahora bien, el art. 523° del cuerpo legal en estudio, establece: “comete el delito de deserción el militar que se separe ilegalmente del servicio activo”. Este tipo, configura la llamada “deserción genérica”, toda vez que no comporta agravaciones.

Genéricamente, según Mendoza Troconis, “deserción es el abandono del servicio” y en sentido estricto:

Es la infracción que comete todo individuo que presta servicio en el Ejército, la Marina o la Aeronáutica, al abandonar de un modo ilegal y sin ánimo de retorno, la Unidad de las Fuerzas Armadas donde se encuentra destinado. (47)

Como vemos, en el delito de “deserción genérica” (art. 523°) la acción consiste en “separarse del servicio”, por lo que cabe preguntarse, si acaso no incurre en delito de deserción genérica, el soldado que se inutiliza para evadir la prestación del servicio militar (demostrando tal intención)? Creemos que si, toda vez que la norma contenida en el mencionado art. 523° (deserción genérica), en su generalidad descriptiva, no señala cuáles son esas conductas ilegales capaces de configurar “el abandono del servicio”, por lo que entonces, la conducta de inutilización del soldado bien podría ser perfectamente una de ellas.

Pudiérase alegar, que el delito de inutilización para eximirse del servicio militar (art. 546°), se refiere al “servicio militar obligatorio”, que es aquel que obliga específicamente a todos los varones aptos físicamente al alcanzar los

dieciocho años de edad, para formar parte transitoria de las Fuerzas Armadas de la Nación. A lo que señalamos, que tanto el art. 546° (inutilización), como el art. 523° (deserción genérica), sólo señalan “servicio militar”, el cual según Cabanellas:

Es todo trabajo o actividad. Serie de actividades personales y materiales que debidamente organizadas contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia de la milicia (48)

Es así como dentro de la milicia, existen, entre otros servicios, el de justicia militar; de inteligencia; administrativo; aeronáutico, etc.; es decir, actividades que al ser asignadas, se asumen como servicios inherentes al deber militar, siendo susceptibles por tanto, de ser infringidos.

Por lo demás, cabe señalar , que todo servicio o actividad que se le asigne a un militar, llámese soldado, sub-oficial u oficial, es de carácter obligatorio, constituyéndose por tanto, en deberes, el ejercicio de tales actividades y en delito o falta, el incumplimiento de los mismos.

Se podría contra-alegar, que el delito de inutilización (art. 546°), al establecer como sujeto activo del mismo al “individuo de la clase tropa”, que ya como señaláramos en el capítulo anterior, es el grupo de fuerzas que integran los soldados y los cabos, se está refiriendo en consecuencia, “al servicio militar obligatorio”. Pudiendo decirse, que el contra - alegato es valedero, más no constituye obstáculo para que “la inutilización”, como conducta dirigida a eximirse, y por tanto abandonar el servicio militar, no pueda ser considerada como conducta de deserción genérica, toda vez que el sujeto activo de este delito, puede ser cualquier militar (tropa u oficialidad), y por cuanto asimismo, el delito de deserción genérica no señala de modo expreso y taxativo, cuáles son esas conductas capaces de configurar “la separación ilegal del servicio activo” y siendo así, bien podría ser la inutilización una de ellas, como dijimos anteriormente y así, el “individuo de la clase de tropa” que se inutiliza para eximirse del servicio militar, vendría a ser un “desertor por abandono”.

Estas pues, son otras de las razones que nos permiten señalar que el legislador castrense, al ubicar en el Código de Justicia Militar en forma autónoma la figura de la inutilización del soldado, como delito contra el deber militar lo que quiso penalizar fue la conducta de “la automutilación” en si misma, y no la consecuencia del incumplimiento al deber. De querer punirse el incumplimiento al deber, bien podría inferirse la mutilación, como una de las conductas configuradoras de deserción genérica.

Es así, por lo que consideramos que el art. 546° (mutilación)), contiene una norma moralizante y ya hemos dicho, que el derecho no puede regular (menos aún sancionar) los actos que no trascienden del fuero interno y tampoco los que no traspasan la esfera de acciones de la vida meramente privada de las personas, pues para el derecho solo son relevantes las conductas de un agente que interfieran “nocivamente” la esfera de privacidad, derechos o libertades de las demás personas, y para el derecho penal, las que lo hagan en la zona de los bienes jurídicos “más importantes” con formas de atentados especialmente intolerables para la persona y la comunidad (carácter fragmentario del derecho penal). Con ello queda en entredicho la legitimidad de punir las auto-lesiones.

A.1. DESERCIÓN GENÉRICA. TIPICIDAD EQUÍVOCA.

Habiéndonos referido al delito de deserción genérica (art. 523 C. J. M.) consideramos oportuno hacer un breve comentario de la descripción típica que lo contiene.

Este tipo, es otro de los casos donde se advierte una tipicidad equívoca, al no describir con certeza, cuáles son esos actos practicados que permitan establecer sin dudas la conducta capaz de configurar “la separación ilegal del servicio activo” y ya hemos expuesto, que para que la garantía de tipicidad no sea en el moderno derecho penal liberal “una burla”, es absolutamente indispensable que la ley, describa el hecho punible de manera equívoca; es decir, la concreción de lo que conoce la doctrina internacional como “principio de la determinación

del hecho y de la pena”, función que se le asigna de modo privativo a la ley (que debería ser sólo la ley en sentido formal) y que por ello se conoce como “principio de reserva”.

Lo que persigue tal exigencia, es que lo prohibido mediante conminación de pena, aparezca claramente determinado por la ley, de modo, que su aplicación no quede al capricho del juez, y el destinatario de la norma pueda saber de antemano y con certeza razonable, a qué atenerse en cuanto a las posibles consecuencias jurídicas de su conducta.

Si bien es cierto que no hay texto legal capaz de excluir toda duda, lo que cabe es sólo exigir del legislador la mayor precisión posible en la fijación de los límites de cada figura delictiva.

El art. 523° (C. De J.M.) que describe el delito de deserción genérica, es por lo demás, un tipo abierto; su imprecisión se evidencia en que no está construido como conducta que atenta contra un bien jurídico, sino como violación de un deber jurídico con cualquier conducta. Y así, de tipos abiertos e indeterminados, es prolífico el Código de Justicia Militar.

A.2 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DELITO DE INUTILIZACIÓN.

La inutilización para sustraerse al servicio militar, es un delito antiguo. Entre los romanos, los conscriptos que se mutilaban por cansancio del servicio, eran designados con el nombre de “burlón de murcos”.

El origen de esta palabra ha sido muy discutido. Algunos lo hacen derivar del nombre de Murcia que se daba a un templo de Venus, sobre el Monte Avelino, en razón de los mirtos que lo circundaban; o derivándola de la diosa Murcia, protectora de los holgazanes. Otros llegaron a argumentar, que del mal uso de quebrarse los pulgares con el fin de no poder manejar la espada y hacerse inepto para el servicio militar, derivose la palabra “poltrone”, equivalente a “pollice troncato”.

Lo que hay de cierto, dice Carrara, citado por Mendoza Troconis, “es que se pronunciaron severísimas penas contra aquellos que por está razón, se ensañaban en

daño de su propio cuerpo” (49).

No obstante, se observa una contradicción en el período pre-hispánico (1802), cuando la Justicia Militar imponía como sanción, “la amputación de la mano derecha al soldado que hiciese armas dentro del cuartel”. Vemos así, que ya desde esa época, la Institución Militar establecía un dominio eminente sobre la integridad física del soldado; una especie de relación de dueño a siervo.

El primer Código de Justicia Militar y Naval (1933), dedicado exclusivamente a la materia penal militar y de donde surge la base conceptual del vigente código, ya incluía como delito, la inutilización del individuo de tropa; tipo delictivo éste que se incluyó en el vigente código de Justicia Militar, sancionado por el Congreso Nacional el 17 de julio de 1938 y promulgado por el General López Contreras, el 6 de agosto del mismo año 1938. Ninguna de las enmiendas que ha sufrido este Código mediante decretos-leyes del 4/10/58, 17/01/59 y 05/06/67, lo ha alterado, ni en su propósito esencial. No obstante, a más de cincuenta años de nuestra justicia militar, este Código, como normativa que rige este derecho especial, que fue una necesidad y una novedad para el momento de su promulgación, como lo expone el redactor en su exposición de motivos, ya demanda una exhaustiva revisión de sus supuestos filosóficos y por supuesto, de su contenido material, de manera de ponerlo en sintonía con la organización y funcionamiento del Estado contemporáneo, la vigente Constitución de 1961 y la realidad de las Fuerzas Armadas de hoy; toda vez que gran parte de su articulado la viola en su parte dogmática y en la práctica jurídica, hemos llegado a un vacío legal por su anacronismo, lo cual obliga a los órganos operativos de Justicia Militar a llenarlo, con la aplicación permanente de normas sub-legales; es decir, reglamentos, resoluciones, mandatos técnicos, directivas y otros documentos normativos, para resolver problemas jurídicos cuyos instrumentos legales resultan inaplicables por su marcada obsolescencia.

Sin embargo, las diferencias propuestas de reformas, aún coincidiendo en la necesidad de modificar su contenido filosófico, lo referente a la apreciación y calificación delictiva, la eliminación de los delitos inútiles, los defectuosamente

construidos, los de contenido difuso y de tipicidad equívoca, no obstante, coinciden en seguir incluyendo como delito autónomo, la inutilización del soldado para eximirse del servicio militar, lo que puede calificarse de contradictorio y absurdo, por lo desfasado.

A.3. DELITO DE CULPABILIDAD MORAL.

Habiendo concluido que los actos de disposición sobre el propio cuerpo, con prescindencia de un ánimo o finalidad lesiva a otro bien jurídico distinto al de la propia persona, no son jurídicamente reprochables, por lo que no se penalizan al no estar expresamente prohibidos por el derecho, es por ello que consideramos, que la norma que contiene el tipo penal de la inutilización del soldado, al ser de descripción tan equívoca, crea el riesgo cierto (de hecho lo hace), de penalizar una conducta relevante a la moral y no al derecho, dada la dificultad material de demostrar el propósito o ánimo que persigue el soldado a través de los actos lesivos a su propia persona.

Más aún, al ser la inutilización del soldado un tipo de peligro presunto, lo que no exige por tanto la verificación del resultado lesivo, sino la mera realización de la conducta, que en este caso específico es la lesión al propio cuerpo, tenemos entonces, que este tipo penal lo que persigue es penalizar esa conducta, convirtiendo al tipo en un delito de culpabilidad moral y evidenciando así, un rezago de moralismo en el derecho penal militar.

El derecho positivo no está legitimado para imponer por medio de la pena de paz moral o el perfeccionamiento ético o religioso del individuo, pues se supone, que éste disfruta en todo caso de “libertad de conciencia”.

La indistinción entre moral y derecho o entre delito y pecado, la innecesaria y peligrosa proliferación de tipos de consumación anticipada, la hipertrofia de la función preventiva y valorativa de las normas penales, son todos procedimientos ideológicos o técnicos, que más tarde o más temprano, arrasan con la objetividad del delito y empujan hacia el derecho del ánimo, de culpabilidad moral.

Algunos juristas sostienen que la punibilidad de la mutilación radica en la

violación del derecho del Estado a que todo varón que cumpla las exigencias de ley, preste el servicio militar; es decir, se destaca la preeminencia del Estado sobre el individuo: si todos se mutilaran (esto es una imposibilidad) desaparecería el servicio militar.

De acoger tal hipótesis, sería reconocer que la automutilación es por lo demás, un hecho cotidiano.

Es necesario señalar que la predisposición a tales hechos anormales, difícilmente es combatida por las amenazas de la ley, sino que por encima de todo, reside en la tendencia y volición del individuo, que en todo momento es el resultado de sus condiciones personales físico psíquicas y del ambiente físico-social en que vive.

No es ciertamente con la sanción jurídica de este pretendido derecho del Estado sobre la integridad física del recluta, como se podría apartar a éste de la inutilización para eximirse del servicio militar, si no se siente dominado por el sentimiento de conservación de su propia integridad y mucho menos por el amor a la patria.

Cuando un soldado se inutiliza voluntariamente, el Estado no pierde un individuo válido y útil para su defensa, puesto que es un ser que ha perdido hasta el instinto natural de conservación y por tanto, de su propio desenvolvimiento psíquico-físico; y no pierde, porque el soldado se encuentra en condiciones propicias para suscitar la pública conmiseración, antes que la repulsión pública.

Tener por la fuerza en el Ejército a una persona que no siente el instinto de conservar su integridad física y mucho menos el amor a la Patria, no puede constituir una ventaja. Hay quienes señalan que en la lucha por la existencia sucumben los más débiles, y no son precisamente éstos los que pueden configurar ese modelo de hombre que exige la ley militar cuando establece que: “no puede ser militar el cobarde... pues mal puede ser guardián de la libertad, honra e independencia de su Patria, quien tenga miedo a sacrificarse por ella...” (art. 29 L.O.F.A.N.). “Los militares no deberán nunca excusar del servicio... aunque haya peligro

cierto de la vida”. (art. 25 L.O.F.A.N.) “...no deberán quejarse nunca de las fatigas que sufran...” (art. 22 L.O.F.A.N.)

La automutilación es pues, casi siempre, una acción individual y aislada; el efecto de anormales condiciones psíquicas en quien la perpetúa y además, siempre será una desgracia más que una culpa; una desventura antes que una inmoralidad.

B. LOS DERECHOS SOBRE LA PROPIA PERSONA.

Fue el escritor Ravá el más firme sostenedor de que el individuo tiene una pura y simple “facultad natural” (facultad agendi) de disponer de su cuerpo, empezando por el suicidio y acabando, a través de la disponibilidad de las partes de nuestra economía física. Lessona por su parte, opinó que el hombre tenía un derecho o “potestad in se ipsum”.

Otros juristas conciben el jura in se ipsum, como un derecho sui generis que puede considerarse como “derecho de propiedad”. Otros lo explican como un general “derecho de libertad”.

Además de los criterios señalados, es de recordar las negativas religiosas; una de ellas afirmada por Pio IX cuando dijo:

Los hombres no tienen otro poder sobre las partes de su cuerpo que el inherente a sus fines naturaleza, y ni pueden destruirlo, mutilarlo o rehusar las funciones propias, salvo si es la única forma de proveer al bien de la totalidad del cuerpo. (50)

Esta razón teórica es la misma que esgrime Mazeaud para negar la validez civil sobre los contratos del cuerpo humano, en virtud de ser éste una creación de Dios, y por ende un depósito sagrado.

Ferri, al inclinarse por la posición de Carlos Lessona, señala:

La cotidiana observación demuestra que estos derechos existen, ya que vienen prácticamente ejercitándose por aquel

contra quien otro intenta impedirle su uso, y esto, sin que ley alguna lo prohíba o lo impida, por lo que son reconocidos por los tribunales de todos los países civilizados en los casos de convención contractual u otros (51)

Ciertamente, la vida cotidiana nos revela hechos que implican una constante disposición libre del propio cuerpo, con peligro más o menos probable de accidente y hasta de muerte, como, por ejemplo, al escogerse un oficio o cometido que implica inminente riesgo (domadores de fieras, pilotos de fórmula, alpinistas, acróbatas aéreos, etc.) o bien, al acometer empresas muy arriesgadas sin un objetivo económico, sino solamente por espíritu de aventura, amor al peligro, etc.

Estos actos de disposición de nuestro cuerpo y aún de nuestra vida, son indudablemente lícitos desde el punto de vista jurídico y dependen con toda evidencia, del poder que cada uno de nosotros tiene sobre su propio cuerpo, poder que si bien se presta a controversia doctrinal acerca de su definición técnico-jurídica (por la unión inseparable entre nosotros – personalidad y nuestro cuerpo – persona) es innegable realidad cotidiana en la vida social y jurídica.

Esta realidad de la vida moderna es una consecuencia de la conquista histórica emanada del antiguo régimen jurídico de la esclavitud, en el cual el cuerpo del esclavo, y, por lo tanto, el poder de disponer del mismo no pertenecían a aquel, sino a su dueño. En la civilización moderna la evolución jurídica y social ha concedido a los hombres sobre su propio cuerpo, una serie de disponibilidades, facultades y derechos, que pueden resumirse y expresarse en el concepto amplio de independencia y libertad personal.

No obstante se ha objetado con persistencia la existencia de un derecho sobre la propia persona, al señalarse que sobre la base del mismo se debería reconocer un derecho de beber y de comer, un derecho de andar, etc. A esto, los que admiten los derechos sobre la propia persona señalan, que tal objeción no es atendible, porque cada uno de nosotros tiene sobre su propia persona un

derecho unitario y complejo (libertad personal), que puede actuar y desenvolverse con diversa facultad de acción para conservar y desarrollar nuestra persona, a la vez que para disponer de ella. Del mismo modo que el derecho unitario y complejo de propiedad sobre las cosas comprende los derechos y la facultad de disponer del inmueble, recoger sus frutos, utilizar el agua para el riego, etc.

B.1 POSICIONES ANTE LOS DERECHOS SOBRE LA PROPIA PERSONA.

Ravá considera absurdo hablar de derechos sobre la propia persona, ya que el derecho es esencialmente una relación con el mundo exterior y por el contrario, en el derecho sobre la propia persona, sujeto y objeto permanecen unidos e inseparables, por lo que no puede existir en tal caso, lo que se llama un derecho.

Rosmini formula la objeción desde el punto de vista filosófico, señalando que si la persona es dueña de si misma, que tiene la propiedad sobre si misma, no puede ser dominada por ella misma, por lo que si es propietaria, no puede ser a la vez la cosa a la que la propiedad se refiere, estando todos estos conceptos en mutua oposición; es decir, que a su juicio, la compenetración del objeto con el sujeto no puede dar origen a un verdadero y genuino derecho.

Ferri por su parte, expresa que:

El derecho sobre la propia persona es el primero y más esencial de los derechos, toda vez que a partir de él se originan los demás derechos de la personalidad humana. La compenetración y fusión entre sujeto y objeto, entre personalidad (el hombre como individualidad subjetiva o espiritual) y persona (el hombre como organismo psicofisiológico) son el fundamento y la condición esencial de la existencia del derecho sobre la propia persona. (52)

B.2. NATURALEZA DE LOS JUS IN SE IPSUM.

De las opiniones que hemos citado, se evidencia que algunos filósofos y

juristas consideran los derechos sobre la propia persona (*jus in se ipsum*) como un verdadero derecho de propiedad. Otros lo conciben como un derecho *sui generis*, que puede considerarse como un derecho de propiedad, cuando se distingan separadamente las varias partes del cuerpo humano. Otros, en fin, lo explican como un general derecho de libertad, aunque limitado por razones éticas y manifiestan, que también los derechos sobre la propia persona encuentran un límite en las exigencias de la vida social, que pueden tener una expresión jurídica, pero también solamente una expresión moral.

Aún admitidos los derechos sobre la propia persona, existe aún otro problema: el de si tales derechos son enajenables o capaces de ser renunciados. Esta controversia pues, no ha terminado entre los escritores jurídicos, reduciéndose, no obstante, en último término, a una cuestión de terminología jurídica.

No es nuestra intención, ni el objetivo de este trabajo académico, introducirnos en tan filosófico debate, más como quiera que el delito de inutilización del individuo de tropa, punto central de nuestra investigación, comporta acción, la disposición del propio cuerpo, fue por lo que consideramos necesario exponer someramente acerca de la controversia que tan apasionante tema suscita; interconectado por demás, a tantas disciplinas que no dominamos y asimismo, exponer en consecuencia, nuestra limitada opinión, sujeta a objeciones, pero básica en la sustentación de nuestras conclusiones.

Ciertamente, el hombre tiene derecho a disponer de su persona. Si el derecho a la vida es tangible y anulable en ciertas condiciones, sea por parte del Estado (pena capital), sea por parte de un individuo (legítima defensa, estado de necesidad), tal derecho puede ser renunciado también por parte del mismo sujeto. En efecto, cuál será la razón que lo impida?. Hago constar que de las lecturas sobre este tema, hemos observado que en definitiva se reduce a dos:

- 1) Que el hombre teniendo un fin supremo que alcanzar, y que le ha sido impuesto por la Suprema Ley moral, tiene el deber de conservar su propia existencia, que es el

medio para conseguir ese fin.

2) Que tiene derecho a la vida de un hombre, no solamente él, sino también los miembros de su familia, la sociedad y el Estado.

Ahora bien, de estas dos razones, la primera no tiene valor jurídico, porque se refiere sólo al aspecto moral y religioso del acto humano, lo que es admitido por lo demás, por la mayoría de los filósofos del derecho, entre ellos Tolomeo al expresar, que el hombre ni respecto de Dios ni respecto de si mismo, tiene verdaderos derechos, sino relaciones morales, religiosas y éticas, constitutivas de la rectitud, antes que del derecho, por lo que, si hay deberes hacia Dios y hacia si mismo, serán deberes morales, pero no deberes jurídicos que son negativos, externos y coactivos a diferencia de los deberes morales.

Tal vez sea de la opinión de Tolomeo de donde surge una de las razones jurídicas en virtud de las cuales el suicidio y las lesiones al propio cuerpo no pueden constituir delito, pues siendo el delito la violación de un derecho y siendo el derecho una relación externa, no puede ser delito una acción que el hombre lleve a cabo sobre si mismo.

Ahora bien, con relación a la segunda razón señalada hemos de observar que la familia y la sociedad no tienen un verdadero y genuino derecho sobre la existencia de cada individuo. Entre los que consideran al individuo un medio para los fines del Estado y los que consideran al Estado un medio para los fines del individuo, opinamos, que individuo y sociedad no están en relación de sujeción aunque si en relación de necesaria coexistencia y ello, por la simple razón, de que el individuo tiene deberes jurídicos respecto a la sociedad, mientras vive; pero él mismo se sustrae a toda relación jurídica con la propia sociedad cuando renuncia a la vida, o también, cuando renuncia solamente a la vida en el seno de esta misma sociedad.

La sociedad, mientras el hombre vive y permanece en ella, tiene el derecho de exigirle el respeto a los derechos sociales, como aquella tiene el deber de respetar los derechos individuales; pero la sociedad no tiene el derecho de imponer al hombre la obligación jurídica de existir o de permanecer en ella.

Por convicción afirmamos, que la disposición de la propia persona es un derecho de libertad. Dios nos dotó de libertad, por lo que la disposición del propio cuerpo concibe y explica esa libertad, la cual está limitada por mis deberes morales, pero este juicio, aclaramos, tiene un valor moral y no jurídico.

Lo de que la automutilación y el suicidio sea o no una acción inmoral, es cuestión que no puede resolver la ciencia jurídica; por lo demás, ciertamente que ambos hechos son siempre una desgracia, pero no siempre una inmoralidad. Por ello las leyes han abolido las sanciones por los hechos derivados de la propia víctima. A pesar de esto, hay aún quienes se desahogan en elocuentes invocativas contra la inmoralidad de estos hechos, no ciñéndose para nada a la norma legal que no los prohíbe y por eso los convierte en un hecho jurídicamente lícito.

Entre la moral y el derecho es cierto que no es posible una separación absoluta porque ambos son coexistentes; son esferas concéntricas, pero una más amplia que la otra; es decir, que no todo lo que es precepto moral es también norma jurídica, pero toda norma jurídica no puede ser inmoral.

C. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

La objeción de conciencia ha sido definida en sentido amplio, como la oposición individual a una ley, norma o comportamiento social que esté en contradicción con la conciencia; o sea, con los valores, creencias o convicciones de una persona.

En este caso concreto, al hablar de objeción de conciencia (en adelante oc) nos estamos refiriendo a la negativa de los jóvenes a realizar el servicio militar, bien individualmente, bien como movimiento colectivo, con base a motivos religiosos, morales, filosóficos, éticos, humanitarios, pacifistas, no-violentos, políticos, antimilitaristas u otros de la misma naturaleza.

El Estado Venezolano mantiene el Servicio Militar Obligatorio como política de reclutamiento para el nivel de tropa en las Fuerzas Armadas. Es así como el art. 53° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Establece: “El servicio

militar es obligatorio y se prestará sin distinción de clase o condición social, en los términos y oportunidades que fije la Ley”. Tal obligatoriedad también la contempla el art. 3° de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales y el art. 3° de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, la cual también dispone en su art. 42°, que: “Todo individuo en el momento de la inscripción podrá aducir los motivos que le impidan temporalmente prestar el servicio militar activo.”, configurándose así el diferimiento al servicio militar.

Las causas o motivos de diferimiento temporal, están señaladas taxativamente en el art. 78 del Reglamento de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, no encontrándose entre ellas, los motivos religiosos, creencias, convicciones o cualquier otra circunstancia que contradiga la conciencia individual del sujeto.

La Constitución Venezolana en su art. 65°, establece: “Todos tienen el derecho de profesar su fe religiosa y de ejercitar su culto, privada o públicamente, siempre que no sea contrario al orden público o a las buenas costumbres...” Más adelante, el mencionado artículo dispone: “...nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de las leyes no para impedir a otro el ejercicio de sus derechos”.

Es así como Venezuela reconoce la libertad de creencias, que es un género que comprende no sólo (como muchos opinan), la libertad religiosa o de ejercer libremente su culto, sino un conjunto de manifestaciones espirituales que configuran en definitiva, la personalidad humana. Es por ello que también se califican estas libertades como libertad de fe o de conciencia.

El principal efecto de estos reconocimientos, es que nadie puede ser ni perjudicado ni favorecido por causa de sus creencias, por lo que también se evidencia un trasfondo de respeto de igualdad ante la ley en tales reconocimientos, es que nadie puede ser ni perjudicado ni favorecido por causa de sus creencias, por lo que también se evidencia un trasfondo de respeto de igualdad ante la ley en tales reconocimientos:

Como bien señala Quiroga Lavié:

La libertad de creencias comprende el derecho de desarrollar

y cultivar las convicciones individuales, sin ser perturbados por el Estado, transformándolas en creencias de la comunidad; vale decir, no solo una libertad interior y doméstica, sino también una libertad de prédica de las creencias. (53)

C.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

La objeción de conciencia está reconocida implícitamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el art. 18, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 18 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos referentes a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, intérprete auténtico de la Declaración de Derechos Humanos, aprobó diversas resoluciones en la línea del reconocimiento del derecho de objeción de conciencia.

Por ejemplo, durante la XLIII Asamblea de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas se aprobó la Resolución L73 de 10 de marzo de 1987 por la que se hace un llamamiento a los Estados para que:

Reconozcan que la objeción de conciencia sea considerada como un ejercicio legítimo de derecho de libertad de conciencia, pensamiento y religión, reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el mismo sentido se dieron las Resoluciones 1989/59 de 8 de marzo de 1989, 1993/84 de 10 de marzo de 1993 y 1995/83 de 8 de marzo de 1995 (aprobada por unanimidad) de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Comentario General N° 22 (48) sobre el art. 18 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Estas Resoluciones Internacionales establecen estándares universales en materia de objeción de conciencia, que podríamos sintetizar en los siguientes puntos:

- La objeción de conciencia debe ser reconocida como un ejercicio legítimo del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y religión, reconocido en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- La objeción de conciencia debe ser reconocida en cualquier circunstancia en la que se alegada, aún estando la persona prestando Servicio Militar Obligatorio (objeción sobrevenida)
- No pueden establecerse diferencias o discriminaciones con base a las distintas naturaleza de los motivos por los cuales se objeta, ya sean estos religiosos, éticos o ideológicos.
- Los organismos estatales encargados de la gestión de la objeción de conciencia deben ser conformados en forma imparcial, sin utilizar procedimientos inquisitivos para la comprobación de los motivos alegados.
- Los Estados tienen la obligación de proporcionar información sobre la objeción de conciencia al Servicio Militar Obligatorio, a todas las personas afectadas por éste.
- De reconocerse formas de servicio alternativo, éstos deben ser de naturaleza civil o no combatiente, en beneficio del interés público y de una naturaleza no punitiva.

C.2 OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LATINOAMERICA.

Muchas de las transformaciones que ha venido experimentando la sociedad, son motivadas por las crecientes manifestaciones de las múltiples formas de violencia que han generado nefastas consecuencias, especialmente cuando han atentado contra

los derechos humanos.

Algunas organizaciones y grupos de personas sensibles a esta problemática, han venido abriendo espacios de análisis y reflexión, buscando alternativas que aportan a la construcción de la paz, desde los presupuestos de la no-violencia y la objeción de conciencia.

Las políticas de seguridad nacional subordinan el conglomerado social, a ser parte activa del conflicto armado en forma directa a través del Servicio Militar Obligatorio (SMO). Los jóvenes de sectores populares, campesinos, por sus pocas posibilidades económicas y culturales, son quienes pasan a conformar los contingentes anuales a tal respecto. Ello, crea una disfunción entre la universalidad del SMO pretendida por la ley y la discriminación real de su prestación efectiva.

Asimismo, el alto crecimiento del militarismo observado en algunos países de América, manifestado en múltiples formas como el control de grupos alzados en armas, cobra vida frente a las respuestas continuas del paramilitarismo, apoyado por el mismo ejército y por los grupos económicos. El Reclutamiento forzoso para el SMO origina múltiples violaciones de derechos humanos, toda vez que se realiza en la vía pública, con uso intimidatorio de fuerza o coacción moral y en la mayoría de los casos, las víctimas son de condición humilde, lo que indica una focalización discriminatoria del reclutamiento en las capas sociales más desfavorecidas. De igual forma se observa en algunos países, la práctica del reclutamiento de niños como una constante. Se aplican tratos crueles y degradantes en los cuarteles, obligando a los conscriptos a realizar ejercicios físicos que van más allá de su resistencia, causando en muchos casos, secuelas irreversibles. Se usan castigos físicos y psicológicos como metodología para que sean respetadas las órdenes de los superiores. No hay garantía para la integridad física y la vida del recluta. Eso está demostrado por la cantidad de muertes y discapacidades producidas por uso de armas u otras causas no aclaradas en forma satisfactoria.

En fin, se ha observado también, un trato discriminatorio con aquellos que

profesan otras religiones.

A partir de estas realidades, la sociedad civil organizada ha venido asumiendo compromisos reales desde la no violencia, el antimilitarismo y la objeción de conciencia, concibiendo a ésta como el derecho que tiene todo ser humano a vivir según el libre ejercicio de su conciencia y tomada desde la perspectiva de la no violencia activa, implica, el rechazo a participar en el fortalecimiento de cualquier acto o proceso que implique o genere violencia, que impulse el militarismo como forma de organización y como ideología.

Estos principios, han sido el pilar para desarrollar el proceso de objeción de conciencia (O.C.) en Colombia, Paraguay, Argentina, Perú..., y si bien es cierto que ha sido dificultoso el camino para lograr el reconocimiento legal de la OC al Servicio Militar Obligatorio (SMO), no es menos cierto que de una u otra forma, la OC ha venido siendo reconocida a tal fin, planteado alternativas para que los jóvenes puedan elegir libremente la forma más adecuada de servicio al país; es decir, el Servicio Militar Sustitutorio (SMS). No obstante, aún reconociéndose la OC por ley expresa, algunos de estos países también mediante ley reglamentaria, sancionan a los objetores de conciencia.

Argentina, por ley 24429 (14/12/94), discrimina al objetor de conciencia negándole remuneración por el Servicio Social Sustitutorio; siendo que a lso reabren el Servicio Militar Voluntario, se les ofrece retribución económica, capacitación y privilegios para la adquisición de viviendas. Se le niega el derecho al trabajo, violando los arts. 6 y 7 del Pacto de Derechos económicos, Sociales y Culturales, así como el art. 23 de la declaración Universal de Derechos Humanos. Se somete al objetor de conciencia a la Justicia Militar en caso de guerra y no a la Justicia Ordinaria como corresponde a un civil.

La mencionada ley tiene carácter punitivo, al sancionar con prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a quien se niegue a realizar el servicio Militar Sustitutorio (art. 27, inc. 1°), violando así la Declaración de la Comisión de Derechos Humanos de la UN, dependiente del Consejo

Económico y Social en su 49° período el 11/3/93, que establece, al tratar sobre la OC al servicio militar, que los Estados deben abstenerse de encarcelar a los objetores de conciencia y que el Servicio Militar Alternativo (SMA) no debe tener carácter punitivo.

En Paraguay para citar otro caso, la Constitución Nacional (art. 57) da rango de derecho fundamental a la OC al servicio militar, como especificación del derecho a la libertad ideológica y de conciencia; no estableciendo enumeraciones taxativas de causales válidas, ni prohibiendo expresamente otras motivaciones como las políticas.

Es así, que al ser consagrada la OC con rango de derecho constitucional, no necesita, conforme a lo dispuesto en el art. 45 in fine de esa Constitución, reglamentación para su vigencia y ejercicio. “La falta de la reglamentación no podría ser invocada para negar ni menoscabar algún derecho o garantía”.

No obstante la garantía Constitucional, Paraguay reglamentó la OC, por la ley N783 del 23/11/95, ley que fue vetada por el Presidente de la República por Decreto N° 12.058 del 3/1/96, siendo devuelta al Congreso para su reconsideración.

La Ley N° 783 establecía mecanismos relativamente amplios y tutelares en la reglamentación de la OC en concordancia con la Constitución Nacional. Establecía el derecho de declarar OC para cualquier persona obligada a prestar SMO, tanto en tiempo de paz como de guerra, sin establecer ningún plazo o período de ejercicio válido para el derecho, reconociendo inclusive la objeción sobrevenida. Asimismo, la sola declaración de OC era válida para operarse el efecto del derecho y la suspensión de la obligación del SMO, sin que exista tribunal con potestades de juzgar las declaraciones y rechazarlas o admitirlas, el trámite establecido era gratuito.

El veto del Poder Ejecutivo se dirigía en particular contra 10 artículos, basándose en consideraciones de orden político, a objeto de proteger el SMO que podría quedar vulnerado con la admisión de esta ley.

En la actualidad, la ausencia de una ley que reglamente el procedimiento de la OC, no impide el ejercicio de este derecho. No existe ningún procedimiento establecido, pero nada impide que la persona se presente ante la justicia e interponga un recurso que tutele su condición de OC y lo desvincule del SMO. Los procedimientos más utilizados son el amparo constitucional, el habeas corpus y la inconstitucionalidad.

C.3. VENEZUELA Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

No conocemos en Venezuela antecedentes de reconocimiento efectivo a la exoneración del Servicio Militar Obligatorio (SMO) en atención a creencias religiosas, motivos pacifistas antimilitares.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce la libertad de conciencia, género que comprende la libertad religiosa o de ejercer libremente un culto, no obstante, la misma norma constitucional dispone en su parte in fine, que "... nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de las leyes...". Por lo que siendo el Servicio Militar una obligación legal de rango constitucional (art. 53), puede inferirse en consecuencia, que en Venezuela no pudiese alegarse la objeción de conciencia (OC) por motivos religiosos para eximirse del SMO. Esta ha sido una de las razones que se alegan en contra de su reconocimiento, siendo otra de las razones, la de que nuestro país carece de normativa legal para ello.

Ahora bien, la OC está reconocida implícitamente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 18); en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 18) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 39, referentes a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Venezuela es signataria de esos instrumentos internacionales, los cuales entraron en vigencia en el país en 1978, al suscribirlos Venezuela sin reserva alguna quedando incorporados por tanto, a la legislación interna.

En la práctica, la actitud del juez nacional ante las normas internacionales depende principalmente del valor atribuido al Derecho Internacional por la Constitución, la legislación y la doctrina. No existe un estudio sobre esta cuestión que aborde el problema en todos los países del Continente. No obstante, desde hace algunos años el Comité de Derechos Humanos ha adoptado la práctica de preguntar a los representantes de los Estados Partes el valor del Pacto Internacional en el orden interno. Las respuestas indican, que el Pacto ha sido incorporado al orden interno de la gran mayoría de los países americanos que son Estados Partes en el Pacto.

Es así, como el Gobierno de Venezuela en su primer informe al Comité, declaró que:

Desde el 28 de enero de 1978 el Convenio de Derechos Civiles y políticos ha sido incorporado a la legislación interna... Consecuentemente, cualquier persona que declara que sus derechos han sido violados, podrá emplear el procedimiento del habeas corpus. (54)

En un informe complementario, el Gobierno de Venezuela agregó:

Ya se ha señalado que en Venezuela los Convenios y Tratados Internacionales, se aprueban por medio de ley que los transforma en derecho interno. Por esta vía se incorporan al derecho nacional, las normas del Pacto de San José de Costa Rica o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (55)

Si bien es cierto que la obligatoriedad en el orden jurídico interno de una disposición de un tratado depende en primer lugar del valor jurídico y jerárquico otorgado a los tratados en general por el derecho interno, es menester tomar en cuenta la naturaleza de la obligación contenida en el instrumento internacional.

Una norma internacional que reviste la forma de un derecho subjetivo, puede ser incorporada al orden interno por el acto mismo de ratificación o adhesión,

siempre que el derecho interno reconozca la incorporación automática.

Las únicas disposiciones que no pueden pasar directamente a formar parte de la normativa interna son las que tienen carácter netamente programático, o las que figuren en un instrumento con una disposición general que indique que todas las obligaciones enumeradas en ese instrumento tienen este carácter. (56)

Siendo entonces que el art. 18 de la declaración Universal de los Derechos del Hombre, el art. 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen y garantizan un derecho subjetivo, y siendo que Venezuela declaró, que desde el 28/1/78 el Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos ha sido incorporado a la legislación interna, consecencialmente cualquier persona puede reclamar jurídicamente la violación de los mismos.

Si la OC está reconocida implícitamente en los Instrumentos Internacionales señalados, referentes a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión. Si Venezuela aprobó y suscribió la Resolución 1995/83 del 8 de marzo de 1995 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la cual establece estándares sobre la OC al SMO, no entendemos entonces que se diga que Venezuela carece de normativas legales para el reconocimiento de la OC, por lo que no existe posibilidad legal para admitirla.

No conocemos tampoco en Venezuela movimientos organizados a tal fin; tal vez se deba al desconocimiento que existe en la población acerca de tal derecho. En la mayoría de los países donde se ejercita el derecho a la OC, ello se ha logrado a través de un intenso trabajo de organizaciones civiles y religiosas.

Dejo entonces la inquietud acerca del reconocimiento constitucional expreso de la OC, ya que implícitamente se encuentra reconocida, pudiendo hacerse operativo el ejercicio de tal derecho, a través del art. 50 de nuestra Constitución.

CAPÍTULO V
CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES
UN PASO AL FRENTE

Conceptos de defensa y seguridad han venido mostrando una evolución progresiva en los últimos cuarenta años, haciéndose esto más evidente, después de los cambios sufridos en los países del Este, que han llevado a avocarse a una profunda revisión y redefinición de tales conceptos.

Las Naciones Unidas en los informes sobre Derechos Humanos de 1994 y 1995, establece un nuevo concepto de seguridad humana, al proclamar que el concepto de seguridad viene siendo conformado por las posibilidades de conflicto entre los Estados.

Durante un tiempo demasiado largo, la seguridad se ha equiparado a la protección frente a las amenazas a las fronteras de un país, por lo que los países han tratado de armarse a fin de proteger su seguridad. Actualmente, para la mayoría de las personas, el sentimiento de inseguridad se debe más a las preocupaciones acerca de la vida cotidiana que al temor de un cataclismo en el mundo.

La seguridad en el empleo, la seguridad del ingreso, la seguridad en la salud, la seguridad del medio ambiente, la seguridad respecto al delito, son estas las preocupaciones que están surgiendo en todo el mundo, acerca de la seguridad humana. La sociedad venezolana no debe quedar exenta de estos planteamientos, por lo que el rol de las Fuerzas Armadas y aún su racionalidad en el contexto actual, deben ser objeto de constante análisis, de acertadas políticas legislativas y de cambios en la política de defensa y seguridad del Estado venezolano.

Concluyendo no podemos desconocer por lo evidente, que gran parte del articulado del Código de Justicia Militar Venezolano violenta nuestra Carta Magna en su Artículo N° 350, parte dogmática. El vacío legal a que hemos llegado en materia de Justicia militar por anacronismo de su normativa, obliga a llenar tal vacío con la aplicación permanente de normas sublegales. No obstante esto, personas

desconocedoras de la materia, piensan que la legislación militar es buena, especialmente la normativa penal; posición que asumen desde la única perspectiva de la disciplina interna, considerándola fuera del contexto global del derecho nacional y asumiendo la justificación de la disciplina, como un medio formador del militar, sin percatarse del profundo daño moral y psicológico que produce en el receptor.

No puede ser buena una ley que violente la normativa constitucional, ni buena una ley para cuya aplicación deba eludirse la norma formal, debiendo recurrirse a tal fin a una normativa de subterfugio, por el solo temor a la indisciplina militar.

La legislación militar, al igual que toda la legislación del Estado, tiene que mantenerse o adecuarse a los mismos parámetros legislativos que permitan unificar, entender y flexibilizar la aplicación de la ley, por lo que deben eliminarse las diferencias legales injustificadas o innecesarias, la legislación draconiana, contradictoria, que dificultan la interpretación y dan origen a constantes conflictos de competencia, sentencias incumplibles, dudas interpretativas y lo que es más grave, se transforman en letra muerta.

Cuando el legislador da a la norma un contenido distinto al fin perseguido por el constituyente situación que ocurre con muchos de los artículos del Código de Justicia Militar, no por un interés expreso del legislador al sancionar las normas, sino por la diferencia actual de criterios, que ha hecho cambiar el espíritu, propósito y razón de la normativa constitucional, en relación a los que prevalecieron en el momento en que fueron promulgados ambos instrumentos legales, ello hace surgir la necesidad de examinar las normas del Código de Justicia Militar, para determinar las que coliden con la Constitución, lo cual se observa especialmente en la normativa penal militar.

Ese desfase de la legislación militar con la presente realidad, que se enunció en la Justificación ofrecida en el Capítulo I del presente trabajo, tanto en su rama administrativa como en la penal y disciplinaria, mantiene ciertamente el descontento en el seno de la Institución Armada y en la colectividad en general, creando

incredulidad institucional y un sentimiento de rebeldía e insubordinación. Prueba de ello son los actos de corrupción e insubordinación que ocurren en el seno de las Fuerzas Armadas máxime en los días que transcurren.

El art. 28 del Código de Justicia Militar establece, que son funcionarios de Justicia Militar: El Presidente de la República, El Ministerio de la Defensa, El Comandante en Jefe del Ejército o de la Armada, los Comandantes de las Jurisdicciones Militares o Navales.

Asimismo, el art. 54 del mismo código, atribuye al Presidente de la República, ordenar el enjuiciamiento de los generales y Almirantes; ordenar que no se abra juicio militar, cuando así lo estime conveniente a los intereses de la Nación; ordenar el sobreseimiento de los juicios militares en cualquier grado de la causa, cuando así lo estime conveniente; conceder indultos y conmutar las penas.

El art. 55 del mismo cuerpo legal, atribuye al Ministro de la Defensa, la facultad de dar la orden de proceder para enjuiciamientos militares; ordenar por disposición del Presidente de la República, abrir juicio militar contra Generales y Almirantes; ejercer vigilancia superior sobre la administración de justicia; servir de órgano entre Tribunales Militares y las autoridades que no pertenezcan al Ejército o a la Armada.

Se aprecia pues, que los artículos 28, 54 y 55, coliden con el principio de la Separación de Poderes, recogido en el art. 156 al 158 de nuestra Carta Fundamental, el cual establece; “que cada una de la ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio, colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

Es evidente, que la referida colaboración, en ningún caso puede entenderse como el ejercicio de la función judicial por parte de los funcionarios señalados en el Código de Justicia Militar. La intervención de estas personas en el proceso judicial configura una abierta inherencia y usurpación de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo, lo que colide con la norma constitucional señalada y asimismo, con

la de igual rango contenidas en los artículos 204 y 205, relativas al Poder Judicial, en cuanto establecen, que “el Poder Judicial se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales...” y “En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del Poder Público”

Esta consideración de colisión constitucional también afecta a los actos de intervención procesal que en los artículos 224, 226, 227, 321 y 382 del Código de Justicia Militar, se le atribuyen a las referidas autoridades.

Es así entonces, que la intervención directa y decisoria del Presidente de la República en el proceso penal militar, es una notoria e inconveniente intervención del Poder Ejecutivo en éste, lo cual colide, como ya señalamos, con la autonomía del Poder Judicial y con el principio de la separación de poderes, aún cuando en la jurisdicción militar, el Presidente sea el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

Al respecto, el Máximo Tribunal de la República, en sentencia de la Sala Política Administrativa de fecha 15/03/62, fijó criterio sobre la sujeción del Poder Público al límite constitucional de las atribuciones, criterio que se ha mantenido casi invariable:

...la inconstitucionalidad es siempre antijurídica y contraria al principio que ordena el Poder Público, en todas sus normas, sujetarse a las normas constitucionales y legales que definen sus atribuciones. Lo inconstitucional es un atropello al derecho de los ciudadanos y al orden jurídico en general. En los países libremente regidos, toda actividad, individual o gubernamental, ha de mantenerse necesariamente circunscrita a los límites que le señala la Carta Fundamental, cuyas prescripciones, como expresión solemne de la voluntad popular en la esfera del Derecho Público,

son normas de ineludible observancia para los gobernantes y gobernados, desde el más humilde de los ciudadanos hasta los más altos Poderes del Estado.

No puede pues, considerarse totalmente autónomo, un sistema que supedita la apertura de un juicio a la iniciativa del Presidente de la República o a la solicitud del Ministro de la Defensa. En la realidad actual, un juicio militar puede terminar independientemente de si las personas son culpables o inocentes, por una decisión tomada ejecutivamente por el Jefe de Estado.

No puede haber espacios de la administración de justicia, en los cuales tenga una inherencia determinante el Poder Ejecutivo y que las decisiones que el Jefe de Estado tome en estos casos, no tenga la más mínima posibilidad de ser revisadas en cuanto a su propiedad y legalidad.

Adherimos la posición de aquellos que propugnan la eliminación de la “justicia militar de comando”, para sustituirla por la “justicia militar judicial de derecho”, toda vez que la incorporación del “comando de guarnición” en funciones de justicia militar, no es totalmente jurídica, pues que además de no estar contemplada en el Código de Justicia Militar como tal, choca con la sola y única finalidad administrativa que tiene este comando.

Los dos grandes modelos de sistemas de justicia militar que existen en el derecho comparado son: el tradicional, llamado “justicia de comando” y el moderno, que cabe dentro del Estado democrático de derecho.

La diferencia es clave. En la “justicia militar de comando”, los jueces no son totalmente autónomos e independientes; en cambio, en la justicia militar judicial de derecho”, los tribunales militares pertenecen al Poder Judicial; son una rama especial de la justicia penal y los procedimientos disciplinarios corren a cargo de los órganos de vigilancia del Poder Judicial.

Es de interés entender, que el Comando de Guarnición, es una autoridad

militar contemplada en los artículos 403 al 406 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, la cual tiene unas funciones limitadas en la actualidad; es decir, para la coordinación de las diferentes Fuerzas en las localidades donde coexisten en forma conjunta.

El Comando de Guarnición en la actualidad, se ha convertido en un ente distorsionador de la Justicia Militar y se ha prestado para retaliaciones Inter-fuerzas, creando en muchos casos, al utilizar esta potestad jurisdiccional, situaciones que se traducen en denegación de justicia, abusos y excesos en su aplicación.

Dentro del derecho interno de cada Estado, el estudio de la parte atinente al derecho punitivo siempre guarda una consideración especial; entre otras razones, por los intereses de tutela y por los efectos que directamente recaen sobre el sujeto que delinque.

Dentro de este derecho, observan los tratadistas, hay una zona que es vista muchas veces con recelo; es esa parte del derecho penal que se refiere a la administración de la justicia castrense, y que en los países de vocación autocrática, tratan de convertir en “derecho de militares”

En Venezuela, la situación no difiere en mucho; en nuestro medio, al derecho penal militar se le ha pretendido convertir en “derecho de algunos y de algunas circunstancias” (57)

La constante ambigüedad con que se definen y se defienden los elementos, entes, organismos y procedimientos de la Justicia Militar, no es bien aceptada por la comunidad; tal vez, porque los mismos militares no han tratado de conocer, para difundir con propiedad, lo atinente a ese sistema judicial especial; o tal vez, porque la práctica ha sido la justificación automática de la Institución; la justificación del “por qué si”, sin penetrar en su configuración y en su fundamento.

Hasta hoy, se ha querido mantener la Justicia Militar, encerrada en el misterio de la Defensa; concepto abstracto y nebuloso que muy pocas personas logran

entender, y menos, definir y explicar; siendo que por lo demás, el concepto de seguridad, como ya hemos señalado, ha venido evolucionando de manera progresiva, no quedando por tanto reducido a la protección frente a las amenazas fronterizas, sino abarcando también la seguridad del individuo en su quehacer cotidiano.

Ciertamente, es indiscutible que la Justicia Militar demanda una exhaustiva revisión. Igualmente cierto es, que el Código de Justicia Militar fue una necesidad y una novedad para el momento de su promulgación, pero actualmente no está en sintonía con la organización y el funcionamiento del Estado contemporáneo y nuestras Carta Fundamental.

Se ha venido planteado la necesidad de emprender a la mayor brevedad, la reforma de la Justicia Militar, para disminuir la separación profunda que se ha producido con la realidad presente y su distanciamiento de la moderna relación cívico - militar en que se inspiran los cambios políticos de finales de siglo.

Con la idea de la reforma se enfrentan los tradicionalistas, quienes evidencian un infundado temor a la modernización y la natural resistencia al cambio, quizás por temor a lo desconocido. Fundamentan su posición en que la reforma del Código de Justicia Militar, acabaría con la Justicia Militar.

Por otra parte, observamos la posición de aquellos que sugieren incorporar a la justicia ordinaria el delito militar, dejando en manos de ente militar, solo lo correspondiente a la disciplina interna. “Que los tribunales militares pasen a ser una rama especial de la justicia penal es lo más lógico en un Estado de Derecho”, así lo expresó el exmagistrado de nuestro Máximo Tribunal, Ramón Duque Corredor en conferencia dictada en la Universidad Católica Andrés Bello, acerca de “la eliminación del sistema de justicia militar de comando”.

Por su parte, el también exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Gonzalo Rodríguez Corro, en artículo publicado en el Diario “El Globo”

(3/7/95) expuso: “... en tiempos de paz debe existir solo el procedimiento penal ordinario donde se conozcan los delitos comunes previstos en el Código Penal, así como la mayoría de las faltas, exceptuando las típicamente castrense de orden disciplinario”

Es importante observar que el recién promulgado Código Orgánico Procesal penal, es supletorio por derecho del Código de Justicia Militar, por lo que resulta evidente que cualquier reforma que se emprenda respecto a éste, debe evitar contradicciones con aquel. El cual contiene normas innovadoras en materia procesal que actualizan y cambian muchos de los principios del derecho penal que se vienen manejando en el país desde hace más de medio siglo.

Entre los principios contenidos en el Código Orgánico Procesal Penal que ya resultan contradictorias en el actual Código de Justicia Militar, en encuentra:

“El Principio de Autonomía e Independencia de los Jueces”. Ya hemos expuesto, que en la justicia militar no existe tal autonomía, por la intervención en el proceso militar, del Presidente de la República, el Ministro de la Defensa y los otros funcionarios expresamente señalados en el art. 28 del Código de Justicia Militar; situación ésta que colide abiertamente con los arts. 256, 257 y 261 de nuestra Carta Fundamental.

“El Principio de la Titularidad de la Acción Penal”. En materia militar, la acción penal es ejercida por el comandante o autoridad militar prevista en la ley, por lo que en la posible reforma del Código de Justicia Militar, debe ser el Fiscal Militar quien asuma la titularidad de la acción penal.

“El principio del Control de la Constitucionalidad”. En la normativa penal militar se hace conveniente enfatizar este principio, pues en muchos casos, la autoridad militar quiere imponer la orden de mando con el pervertido argumento de “la seguridad y defensa del Estado” por encima de las disposiciones jurídicas institucionalizándose así la violación constitucional.

“El Principio de Oralidad”. Cuyo significado no es otra cosa, que la sentencia a dictarse en el juicio, esté fundada solamente en lo que ha sido materia del proceso

realizado en forma oral. Que la fundamentación de esa sentencia se apoye exclusivamente en el material de hecho introducido verbalmente en el juicio.

Con relación al principio de oralidad, los militares que propician la reforma del Código de Justicia Militar, han expresado opinión favorable, no obstante alegan, que existirán pruebas documentales que en muchos casos pudieran no tenerse para su evacuación, en el momento del jurado oral. A ello puede señalarse, que en todo caso correspondería al Fiscal Militar realizar la actividad necesaria para la adquisición y conservación de los elementos de convicción en que fundará la acusación, y en la fase intermedia, se indicarán las pruebas que el imputado producirá en el juicio oral. Aquí entra en juego el principio de la inmediación, en virtud del cual el tribunal debe obtener el conocimiento y formar su convicción, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar, entre todos los medios concurrentes. Desde luego, la inmediación no debe ser absoluta, pues aún en el juicio oral es posible la introducción de ciertos elementos de prueba por lectura o exhibición que sin inmediación alguna proporcionan una información exacta y libre de objeciones. No se trata de incorporación por lectura de actas no autorizadas y se requiere tener mucho cuidado para que no exista un traslado de pruebas evacuadas en la etapa de investigación, pues éstas ya cumplieron su función en la fase preliminar, cual era la de provocar o no el juzgamiento.

“El Principio de la Publicidad”, según el cual el juicio oral tendrá lugar en forma pública, salvo las excepciones legales; entre ellas, cuando la publicidad pudiese perturbar gravemente la seguridad del Estado. A este respecto, una reforma del Código de Justicia Militar, debería establecer expresamente la facultad del juez militar para restringir la publicidad; de no ser así, bajo el pretexto de la seguridad del Estado, lo cual se esgrime en forma mecánica en el medio castrense, todos los juicios se celebrarían a puertas cerradas, por lo que la excepción sería la regla.

El enfoque general de este trabajo, lo concebimos derivado

fundamentalmente de la especialidad del derecho militar, como lógica consecuencia de un derecho también especial, como lo es el Derecho Militar, pero, en el sentido de la unidad del derecho.

No existe una demarcación objetiva de la tipología penal militar con la tipología del Código Penal. Puede decirse, que muchos son comunes por su tipología, por el molde que los hace delitos, pero que un ligero cambio en la territorialidad, o en la personalidad del sujeto activo la relacionan y conectan hasta transformarlos en una o ambas jurisdicciones. Es por ello que muchas veces encontramos delitos estrechamente relacionados en los códigos penales ordinarios y militar.

Los delitos militares tienen patrones específicos; traición, insubordinación, violación a la disciplina y deberes militares, infidelidades y desobediencias que cometen los militares en tiempo de paz o de guerra o emergencia constitucional con aplicación del derecho militar.

Ha sido práctica dentro de los países en vías de desarrollo, que los órganos ejecutivos, valiéndose de poderes constitucionales o de una aprobación del poder legislativo, apliquen las leyes militares para lograr normalizar el orden constitucional subvertido o en vías de subversión; esta práctica ha hecho que los códigos penales militares locales, hayan engrosado su catálogo delictivo con nuevos delitos, que hacen de la penalidad militar, una penalidad muy particular y diferente. Esta práctica plantea el riesgo de constituir jurisdicciones netamente militares, restringiendo la aplicación del derecho penal ordinario. En nuestro criterio modernizador de la norma penal militar, consideramos esta circunstancia como una aberración que debe ser corregida, evitando la incorporación de estos delitos en el ordenamiento penal militar.

La tipología penal militar tiene como características resaltante, la severidad de sus penas; mayor severidad que la que impera en el derecho penal común; penas severas, tanto para los delitos dolosos como para los culposos. Las sanciones se fundamentan en los deberes quebrantados, los cuales no hieren sentimientos de la

sociedad, sino normas de disciplina y obediencia militar.

Muchos de los tipos penales militares, se formulan de manera indeterminada; las conductas configuradoras del tipo se describen en forma vaga, excesivamente genérica; de tal modo, que se dificulta establecer con exactitud cual es el límite de lo penalmente lícito o ilícito a través de figuras sin ningún contenido concreto, dejando así totalmente al arbitrio valorativo del juez militar, la función de resolver lo que será la acción punible, quedando así restringido el margen de certeza.

Serías reservas merecen los tipos abiertos e indeterminados, pues muchas veces, su imprecisión emana de que no están constituidos como conducta que atenta contra un bien jurídico, sino como violación de un deber jurídico con cualquier conducta, dando lugar así a lo que se puede llamar “tipo de deber” o “tipos de incumplimiento”. Quiere decir esto, que la categorías de los “tipos de deber” reviste el peligro de conducir a la punición de la mera desobediencia civil, sin realización de conducta que dañe o ponga en peligro bien jurídico alguno.

Así pues, tipos cerrados, determinados, precisos cuando describen inequívocamente la conducta punible, identificándola por su nombre verbal, sus sujetos y sus circunstancias y modalidades relevantes. Esta es la clase de tipicidad que se exige en la reforma del Código de Justicia Militar, pues solo un tipo con tales características puede cumplir satisfactoriamente las funciones a que está llamado según la tradición, esto es, las funciones fundamentadora, valorativa, motivadora, indiciaria, etc.

En todo caso, existe un amplio consenso en que los tipos abiertos no generan el efecto indiciario del injusto, aunque la minoría asevera que s lo produce, pero obviamente, después de que son cerrados no por la ley, sino por el juez.

Es absurdo que la ley penal militar, por su carácter ejemplarizante, que más que el transgresor, lo que importa es la intimidación para la disciplina militar, so pretexto de la preservación de esa disciplina y obediencia, persiga con su severidad punitiva, hechos que no perturban gravemente el interés o bien jurídico que pretende proteger, desconociéndose así, que el mal de la pena debe ser una respuesta

proporcional al mal del delito; es decir, lo que se conoce, como “principio de la racionalidad de la pena”.

Es inaceptable por demás, que las penas del delito militar, por su carácter ejemplarizante y preventivo conduzcan a establecer en muchos casos, una responsabilidad de autor, de tipo perfeccionista y moralizador.

En un Estado de derecho, el delito y la pena tienen que regularse por la ley y solamente por ella; esa ley ha de respetar los límites formales y materiales establecidos en la Constitución y los tratados públicos, pero respetando en todo caso, la dignidad y autonomía del individuo, protegiendo, incluso penalmente, sus bienes fundamentales y sus derechos humanos.

La Ley rechaza el hecho lesivo al reputarlo injusto, pero no puede rechazar al autor, pues tiene que seguir considerándolo como persona digna y moralmente autónoma, que como tal, no puede sufrir por el hecho una pena retributiva, sino a lo sumo, una pena justa, pues la pena injusta, excesiva, desproporcionada e indeterminada, atemoriza, pero no previene el mal del delito.

Si la pena se utiliza como medida preventiva, característica ésta del delito militar, se corre el riesgo de que no haya acción que no sea susceptible en algún grado y momento, de apreciarse como contraria a la preservación de los intereses jurídicos, que por lo demás, no pocas veces son ideológicos o ideales, como el orden público, la defensa del Estado, la seguridad social, que son intereses muy abstractos y difusos. Todo ello, es siempre una vía propicia hacia la dictadura penal, toda vez que la base retributiva de la pena, que es la proporcionalidad, se extravía y sacrifica en aras de puntos de vista de prevención general que no siempre son justos.

La proliferación de tipos penales de peligro presunto en el Código de Justicia Militar, lo que persiguen es penalizar la mera conducta, convirtiendo así al tipo, en un delito de culpabilidad moral, evidenciando así un rezago de moralismo en el derecho penal militar.

Muchos tipos penales militares, inducen a penalizar la conducta a título de

responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad.

La tendencia legislativa militar a la anticipación de la consumación, introduce serias limitaciones al principio de que no hay delito sin daño, o principio de lesividad, pues no es fácil determinar hasta qué punto puede llegar esa anticipación sin que se viole la exigencia de ataque real o potencial al bien jurídico.

La innecesaria y peligrosa proliferación en el Código de Justicia Militar, de tipos de consumación anticipada, la hipertrofia de la función preventiva de la pena, son todos los procedimientos ideológicos o técnicos, que más tarde o más temprano arrasan con la objetividad jurídica del delito y empujan hacia un derecho penal de ánimo, de culpabilidad moral.

Al lado de los tipos indeterminados, esta progresiva anticipación de la tutela penal, representa uno de los mayores peligros que se ciernen sobre el moderno derecho penal de acto y de culpabilidad; mientras que la primera vía pone en entredicho la seguridad individual y la función de certeza del derecho penal tipificado, la segunda amenaza con avanzar paulatinamente, hacia el derecho penal del ánimo. Por eso, la posible esperada reforma del Código de Justicia Militar, debe entender que la presunción de cualquier elemento del delito solo puede ser meramente legal, pues una presunción de derecho, lleva de la mano a la superada responsabilidad objetiva, por el mero resultado externo, o sin culpabilidad. “Un derecho en el que solo se excluye la responsabilidad por el resultado, pero en el que hay que responder por lo que se es y no solo por lo que se hizo, no es un derecho penal de culpabilidad”. Así lo sostiene el admirado jurista colombiano Fernández Carrasquilla.

El delito de inutilización para eximirse del servicio militar, es el ejemplo típico de las desviaciones que pueden derivarse de un tipo penal defectuosamente construido. Al ser un tipo abierto e indeterminado, requiere complementación judicial con base en vagas pautas valorativas que en definitiva atentan contra la seguridad jurídica, violentando los límites que han de servir de defensa al individuo contra los ímpetus de la autoridad.

Asimismo, la pena que acarrea la conducta de inutilización, resulta desproporcionada con la insignificancia del daño que ella produce al bien tutelado; daño que por demás se torna remoto, dada la escasísima frecuencia de tal conducta. Es aquí donde el principio regulador de la insignificancia, permite excluir desde un principio, daños de poca importancia, que al igual que la ausencia de daño, no sobrepasan el umbral de la criminalidad. Este principio deberá prevalecer en la reforma del Código de Justicia Militar y no la severidad punitiva del porqué sí, la severidad punitiva ejemplarizante para el sostenimiento de la disciplina, pues está demostrado que la pena injusta e innecesaria es violencia, que como tal, genera y multiplica la violencia.

Al ser el delito de inutilización un tipo de peligro abstracto, resulta difícil establecer en forma inequívoca la finalidad o propósito del soldado, corriéndose así el riesgo de penalizar una conducta irrelevante al derecho como lo es la inutilización, cuando está desprovista de la finalidad lesiva a un bien jurídico distinto al de la propia persona.

De igual forma, al ser un delito de peligro presunto, concreta una extensión arbitraria de la punibilidad, por lo que no solo evidencia una peligrosidad en abstracto de la conducta del individuo de tropa, sino que tal peligrosidad no tiene que aparecer o comprobarse como propiedad de la acción, sino que se presume por la ley, presunción que como regla general, es *juris et de jure* y siendo así, lo que el tipo penal persigue es penalizar la mera conducta, convirtiéndose en definitiva, en un tipo de culpabilidad moral.

Un estado democrático no puede imponer penas pro actitudes, sentimientos, ideas, valores morales o sospechosas; es por ello que los delitos de peligro abstracto deben rechazarse como contrarios al principio de la antijuricidad material.

Observamos igualmente, que el delito de inutilización por su generalidad descriptiva, conduce a penalizar la mera conducta externa, activando así los rezagos de la superada responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad. La responsabilidad objetiva se advierte en muchos tipos penales militares, por lo

que su revisión y eliminación se imponen, debiendo exigirse en todo caso, que la nueva redacción establezca claramente el imperio de la culpabilidad jurídica y no moral, a fin de que sirva efectivamente como barrera de contención a un derecho penal autoritario, que quiera conformar con la pena la conciencia moral del individuo, discriminar a los ciudadanos, llámese civiles o militares, según sus elecciones morales o ideológicas, o dirigir hacia los “desviados” la responsabilidad de todos los males de un determinado sistema social o institucional.

La culpabilidad por el hecho, al limitar el poder estatal, representa el máximo a que el Estado puede aspirar en la amplitud y profundidad del poder punitivo.

En el perfil de un derecho penal garantista, la persona está rodeada de una serie de garantías jurídicas que tienden a impedir que pueda ser víctima de penas inmerecidas o excesivas, de procedimientos abusivos, tratamientos inhumanos, de meditación en beneficio de intereses colectivos o estatales, o, en fin, de violación o negación de los derechos humanos internacionales.

El Estado y el derecho sirven al hombre; no es la persona instrumento del derecho medio para los fines del Estado. En ninguna circunstancia puede el orden jurídico estatal negar la personalidad de derecho de cualquier individuo del género humano, la dignidad de toda persona humana y la autonomía de la conciencia moral, aspectos fundamentales en que todos los hombres disfrutan de una igualdad ineludible.

Por ello, para que el derecho penal sea garantista, es necesario que entre sus instituciones se incluyan reglas inviolables, como: a) reconocimiento irrestricto del principio de legalidad. Lamentablemente en la práctica política-criminal de América Latina, se ha perdido uno de los más importantes alcances del principio de legalidad, como es, su carácter de “cláusula de reserva de la competencia creadora de derecho penal para la ley en sentido formal. B) La configuración del sistema jurídico-penal positivo como derecho penal de acto, con exclusión de las diversas manifestaciones del derecho penal de autor. C) La consagración de un régimen de responsabilidad

subjetiva o de exclusión de la responsabilidad objetiva. D) Consagración del principio de lesividad. E) Separación entre moral y derecho.

Respetamos y apreciamos a la institución militar venezolana. Merecedora del más sincero reconocimiento por su probada vocación democrática y por su elevado nivel técnico y profesional, todo lo cual contrasta con la imagen militar de otras épocas ya superadas.

Pero los acontecimientos que últimamente han conmovido a la opinión pública, han puesto de manifiesto una vez más, entre otras cosas, una gravísima falla de la institución castrense: su régimen jurídico y sus sistema de administración de justicia. La legislación militar vigente (no dudamos en afirmarlo) no tiene nada que ver con el desarrollo del país y sus sistema democrático. Se trata de una legislación arcaica, inconstitucional en muchas de sus disposiciones y reñida con principios fundamentales paíficamente aceptados en el resto de la legislación venezolana.

En el contexto de unas fuerzas armadas al día en cuestiones técnicas, tácticas, de estrategia y de avance científico, resulta realmente contrastante una legislación militar de la época de la carreta y del autoritarismo.

El régimen militar de sanciones y castigos disciplinarios requiere de una urgente revisión para adecuarse a las exigencias del sistema democrático. Muchas de sus normas, repetimos, están al margen de la protección que la Constitución y la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales brindan a toda persona.

El régimen penal, por su parte, consagra exabruptos jurídicos y dispositivos inconstitucionales que sólo pueden encontrar explicación en el tabú que todavía representa el orden militar. Nos referimos entre otras situaciones, a las disposiciones inconstitucionales que consagran la obediencia ciega y que eximen de responsabilidad al subordinado que ejecuta una orden, aún cuando cometa un delito, imponiéndole sólo la obligación de advertir al superior cuando la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito para que quede relevado de toda

responsabilidad.

Ahora bien, esta situación y otras incongruencias del sistema judicial militar, ya expuesta a lo largo de este trabajo, adquieren particular importancia y trascendencia ante el hecho de una creciente militarización de la justicia o más bien, de la abusiva utilización de la justicia militar.

Consideramos urgente, la revisión del sistema judicial militar y estimamos que los más interesados son los propios militares, entre otras cosas, para evitar ser manipulados en asuntos que no les compete y que dañan el prestigio y la solvencia de la institución armada.

No faltarán quienes consideren que detenerse a examinar estos tópicos de la teoría del delito en el ámbito de la justicia militar, es tarea inútil y hasta pretenciosa. Puede ser sin embargo, que esto no sea del todo exacto.

En este siglo de los Derechos Humanos no parece esto sobreabundante, toda vez que precisamente, un Derecho Penal al servicio de los derechos del hombre, no puede intentar proteger estos de cualquier modo y sin ningún límite. Especialmente cuando esos límites a los excesos del poder punitivo del Estado, cada vez más poderoso, han de ser perfectamente claros y objetivos.

Este asunto es por demás importante, no solamente porque los principios que en el curso de este trabajo hemos resaltado, están destinados a marcar el camino y delimitar firmemente las funciones de los legisladores penales, y la actuación de los jueces en el ordenamiento penal, sino porque tienden a proteger la seguridad del ciudadano (civil o militar) frente al poder punitivo estatal, brindándole la posibilidad de conocer el ámbito de lo penalmente prohibido y de lo jurídicamente permitido.

Es importante advertir que estos principios tienen originariamente una raíz democrática y únicamente en este contexto es que cobran su genuino sentido y dimensión. Fuera de él, su mera vigencia formal carece de significación, sobre todo en sistemas totalitarios.

Demos pues un paso al frente para sintonizar la justicia militar con la realidad actual de Venezuela.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS REFERENCIALES

ARTEAGA SANCHEZ, A. (1997), **Derecho Penal Venezolano**, 8° Edición, Editorial Mc Graw-Hill, Caracas, Venezuela.

_____ (1982), **La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible**, 2da Edición, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, U.C.V., Caracas, Venezuela.

BORJAS, Arminio, (1928), **Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano**, Imprenta Bolívar, Caracas, Venezuela.

CABANELLAS, Guillermo, (1968), **Dirección de Derecho Usual**, Editorial Heliasa, S.R.L., Buenos Aires.

_____ (1962), **Diccionario Militar, Aeronáutico y Terrestre**, Bibliografía Omeba, Buenos Aires.

_____ (1961), **Diccionario Militar**, Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires.

COQUIBUS, Juan E., (1957), **Código de Justicia Militar**, Editorial Bibliográfica, Argentina.

COSSIO, Carlos, (1962), **La Teoría Ecológica del Derecho**, 2° Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CHIOSONNE, Tulio, (1978), **La Justicia Militar en Venezuela**, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, U.C.V., Caracas, Venezuela.

_____, (1978), **Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y la República**, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, U.C.V., Caracas, Venezuela.

ESTRADA, José M., (1927), **Curso de Derecho Constitucional**. 2° Edición, Editorial Temis, Bogotá.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, J., (1995), **Derecho Penal Fundamental**, Tomo II, Editorial Temis, S.A., Colombia.

- FERRI, Enrique, (1934), **Homicidio-Suicidio**, 1° Edición, Editorial Reus, S.A., Madrid.
- FLORIAN, Eugenio, (1994), **Parte General del Derecho Penal**, Vol I. La Habana.
- FRIAS CABALLERO, J., (1996), **Teoría del Delito**, Edit. Livrosca, C.A., Caracas.
- GALLO, Marcelo, (1973), **Consideraciones sobre los Delitos de Peligro**, Edic. Pannedille, Buenos Aires.
- JIMENEZ HUERTA, M., (1955), **La Tipicidad**, Edit. Porrúa, México.
- MARQUARDT, Eduardo, (1977), **Temas Básicos del Derecho Penal**, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MENDOZA T., José Rafael, (1976), **Curso de Derecho Penal Militar Venezolano**, Tomos I-II, Empresa El Cojo, C.A.
- MAURACH, Reinhart, (1862), **Tratado de Derecho Penal**, Parte General, Vol I, Editorial Ariel, Barcelona.
- NOVOA MONREAL, E.C. (1980), **Causalismo y Finalismo en Derecho Penal**, Edit. Juricentro, Costa Rica.
- O'DONNELL, Daniel (1989), **Protección Internacional de los Derechos Humanos**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Industria Gráfica, S.A. Lima.
- PRIETO SILVA, E., (1997), **La Justicia Militar para el Siglo XXI**, Publicidad Gráfica León, S.R.L., Caracas.
- QUIROGA LAVIE, H., (1995), **Los Derechos Humanos**, Editorial Temis, Bogotá.
- REYES ECHANDIA, A., (1997), **Tipicidad**, Editorial Temis, Bogotá.
- _____, (1997), **Culpabilidad**, Editorial Temis, Bogotá.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1978), **Derecho Penal**, Parte General, Edit. Civitas S.A., Madrid.
- ROMERO, Pedro R., (1959), **Anotaciones sobre Jurisdicción en el Derecho Penal Militar**, Ministerio de la Defensa.
- ROXIN, Clauss, (1976), **Problemas Básicos del Derecho Penal**, Edit. Reus, Madrid.
- SOSA CHACIN, J, (1959), **La Tipicidad**, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

XIFRAS, Heras, (1962), **Curso de Derecho Constitucional**, Tomo I, Editorial Bosh, Barcelona.

LEYES CITADAS

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Código Orgánico Procesal Penal.

Código Penal Venezolano.

Código de Justicia Militar.

TEXTOS CONSULTADOS

ADUDELO BETANCUR, N., (1994), **Curso de Derecho Penal**, Editorial Linotipia Bolívar y Cía, Bogotá

ANTOLISEI, Francesco, (1988), **Manual de Derecho Penal**, Edit. Temis, Bogotá.

BAUMAN, Jurgén, (1973), **Derecho Penal**, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

BETTIOL, Giuseppe, (1965), **Derecho Penal**, Editorial Temis, Bogotá.

CASTAÑO de RESTREPO, M., (1997), **El Consentimiento Informado del Paciente en la Responsabilidad Médica**, Editorial Temis, Bogotá.

CORDOBA RODA, J., (1962), **El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito**, Editorial Bosch, Barcelona. }

DEL VECCHIO, Giorgio, (1969), **Filosofía del Derecho**, 9° edición, Editorial Bosch, Barcelona.

DIAZ PALOS, Fernando, (1953), **La causalidad material en el delito**, Editorial Bosch, Barcelona.

FRIAS CABALLERO, Jorge, (1996), **Problemas de Culpabilidad en el Código**

- Penal Venezolano**, Editorial Livrosca, C.A., Caracas.
- JESCHEK, Hans-Heinrich (1981), **Tratado de Derecho Penal**, Editorial Bosch, Barcelona.
- KAUFMAN, Armin, **Teoría de las Normas, Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna**.
- MEZGER, Edmundo (1957), **Tratado De Derecho Penal**, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, (1979), **La Evolución del Derecho Penal en el Presente Siglo**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.