

LA «TEORIA JURIDICA DEL DELITO» EN LA DOGMATICA PENAL MILITAR

(SU PROTAGONISMO EN LA LITERATURA
IUSPENALISTA Y EN LA LEY ARGENTINA)

por Julio Emilio LOPEZ LASTRA (*)

SUMARIO: 1. *Imagen, en epítome, de la recepción doctrinal de la "teoría jurídica del delito" en la Argentina:* 1) La construcción dogmática de la infracción punible, en función de garantía de los justiciables. 2) Proceso de germanización de nuestra literatura penal a través de Soler y Jiménez de Asúa, que reciben la teorización (fillada en Von Listz y Von Hippel) formulada por Beling, Mayer, Dohna y Mezger; incluyendo a Peco, neopositivista, en el "Proyecto de Código 1941". 3) Vigencia, en sentido orteguiano, del "Derecho penal argentino", de Soler, que dogmatiza el Código penal del 22, a pesar de la oposición de Gómez y otros positivistas y hasta de Nelson Hungría. 4) Fallido embate de la iusfilosofía egológica con la idea del delito como estructura, por influencia de la "Gestaltpsychologie". 5) La "teoría jurídica del delito" en la reforma penal iniciada con el "Proyecto Soler", de 1960.—II. *Los aspectos negativos del delito militar en los siete momentos lógicos de la "teoría jurídica del delito":* 6) Pesquisa teórica en el Código de Justicia Militar de 1951, vigente, con ejemplificaciones de fácil reedición en otros Códigos castrenses. 7) Interés y utilidad de este excursus cognoscitivo para el Tribunal militar y las partes. 8) La acción y su ausencia; el delito de sueño. 9) La tipicidad y la atipicidad por falta de elementos normativos, cronológicos, subjetivos, etcétera. 10) La antijuricidad y su ausencia por justificación. 11) La imputabilidad y su ausencia. 12) La culpabilidad y su ausencia: el delito de error. 13) Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia. 14) Excusa absolutoria ("utilitates causa"). 15) Los aspectos negativos en los delitos comunes sometidos a jurisdicción militar.

(*) Jefe Sec. Leg. Penal en la Aud. Gral. de las FF. AA. de la República Argentina. Miembro del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de La Plata. Representante del Colegio de Abogados de La Plata en el Congreso, para la reforma penal ("Proyecto Soler").

I. IMAGEN, EN EPÍTOME, DE LA RECEPCIÓN DOCTRINAL DE LA "TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO" EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

1) *La construcción "dogmática" de la infracción punible, en función de garantía de los justiciables*

No es nuestro propósito intentar aquí una faena tan extraña al tema como desproporcionada a nuestras fuerzas, cual la de historiar —ni en sus despliegues teóricos ni en lo anecdótico— la *teoría jurídica del delito*, genial suma de concepciones de la doctrina alemana, que implicó para la Ciencia penal reasumir *planos de objetividad* envidiables hasta para la doctrina iusprivatista.

Para no enjuiciar sino lo que en nuestra opinión es una de sus menores bondades, digamos que *permitió a los penalistas de todas las latitudes hablar el mismo idioma*. En franca superación de las ideologías y construcciones a que eran tan proclives los debates iuspenales finiseculares, tan acalorados como pugnantes, y larvados de una hibridez invalidante, pues nucleaban asertos ontológica y gnoseológicamente ajurídicos —yerro de objeto y de método— al usar métodos experimentales (causal-explicativos) empecinados en tomar como objeto no al delito ni al Derecho penal, sino al *uomo delinquente* en su faz antropológica; con notorio olvido del fundamento retributivo de la pena, de la teoría del delito, y descuido, en el agente, de los aspectos de resocialización e inocuización, cuando toda medicina resulta nula. Digo "medicina" ya que, con sentido cientifista y fisicista, tomaban al delincuente —objeto del mundo del ser— con ángulos somáticos, cual si fuera un enfermo.

Pero este ensayo, con todas sus limitaciones, no puede olvidar, en tal sentido, aquel mote adjudicado a la *teoría jurídica del delito*, nada menos que por ENRICO FERRI, de "simples abstruse-rías tudescas", por ser altamente ilustrativo de la falta de neutralidad de los cultores de la disciplina de CARRARA.

No eran, pues, signos benévolos los que campeaban aquí para la *teoría jurídica o analítica del delito*. Dato al que no puedo

oponer —por tratarse también de un simple dato, y la aritmética, impropia en Ciencias no exactas, como las jurídicas— el de que la *teoría jurídica o dogmática* ha ganado tanto terreno, que cuenta cada día con mayor número de adeptos. Si bien, la verdad —conforme a HUSSEHL, que ha develado su nota eidética de objetividad— asienta su condición de posibilidad en la intersubjetividad, es decir, “la posibilidad de que esto que es así para mí, puede ser así también para otros”; el hecho de que la *teoría jurídica del delito* “sea así también” hoy, para muchos, sólo da una pauta de validez gnoseológica, no un juicio de valor. El que para mí consiste en “arrojar luz sobre el problema penal en mayor grado que cualquier otra *teoría*”.

A despecho de ser nada más, pero nada menos, que una hipótesis científica, como toda teoría —y piénsese al respecto lo imposible que parece hoy encontrar error en la teoría de Einstein—, responde la *teoría jurídica del delito* al profundo sentido (*Sinn*) de lo que es la cultura de Europa y América: “Significan el ensayo de vivir sobre *ideæ claras*, no sobre *mitos*” (1).

Y algo más. Es la teoría que cumple, cabalmente —en cuanto la doctrina “guía”, pero no es “fuente”, la interpretación de la ley penal— la *charta magna* del Derecho penal; la garantía suprema de los hombres frente a la ley punitiva: “el *nullum crimen, nulla poena, sine lege*”.

Pienso, por ello, sin irreverencia para FERRI, que nada tiene de “simple abstrusería tedesca” la teoría del tipo (*Tatbestand*) de BELING —y la “tipicidad” gobierna la entera teoría analítica—, así como no es menos humana y justa su concepción de la culpabilidad. Una de las piezas arcónticas del “Proyecto Soler” es, sin duda, el art. 18, que incorpora el *nullum crimen, sine culpa* para regir los delitos comunes y, por remisión de la ley sustantiva, los delitos penales militares.

(1) ORTEGA Y GASSET: *El hombre y la gente*. Madrid, 1957, Editorial Revista de Occidente; pág. 56.

2) *Proceso de germanización de nuestra literatura penal a través de SOLER y JIMÉNEZ DE ASÚA...*

No es por medio de una sola obra, que JIMÉNEZ DE ASÚA ha cumplido ingente labor de propalación de esta teorización del delito; pero fué en el "Curso" que dictó en la Universidad de Caracas (publicado por Editorial Andrés Bello en 1945, con el título de *La ley y el delito*; Curso de Dogmática Penal) donde con más claridad el lector de habla hispana encontró un ensayo de *reconstrucción dogmática* de una ley positiva, en la especie la venezolana. A esta altura de sus ideas, definía este autor el delito como "acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre, y sometido a una sanción penal". Las características —que yo llamo *momentos lógicos*, como se verá en la parte II, nota 2— del delito serían: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad; *aspectos positivos* del delito a los que corresponden, como "correlatos", sendos *aspectos negativos*, que son los que importan a nuestra investigación. Sabido es, con todo, que para SOLER, la pena no debe incluirse en la definición del delito, al contrario de JIMÉNEZ DE ASÚA, por considerarlo tautológico.

Hacemos gracia al lector, por conocida, de la génesis y la evolución de la *teoría jurídica del delito*, que arranca en los atisbos de VON LISTZ y VON HIPPEL; pero cuyo corazón se entrafía en las investigaciones de BINDING —al enseñar que las normas penales no se infringen, sino que se "cumplen"—, los esclarecimientos sobre "tipicidad", de BELING; sobre "antijuricidad", de MAX ERNESTO MAYER, y los "redespliegues", del conde DOHNA y de MEZGER.

Nos importa, sí, tematizar expresamente los aspectos negativos del delito militar.

No negamos, siguiendo a JIMÉNEZ DE ASÚA (op. cit.), que el delito, como fenómeno, *viva existencia conjunta*. Mas es necesario estudiarlo analíticamente para comprender bien la gran súa-

tesis en que consiste la acción y la omisión que las leyes sancionan.

Dije antes que ese encuentro con la *teoría jurídica del delito* fué para el lector de habla hispana; ya que en particular, el lector argentino había tenido la singular fortuna de haber encontrado material de no menor valor en el *Derecho penal argentino*, volúmenes I y II, aparecidos en 1940, de SEBASTIÁN SOLER; obra nacida también de enseñanzas universitarias, esta vez en los claustros de Córdoba (República Argentina), realizando este autor la reconstrucción dogmática —labor que intento acometer, aquí y ahora, con el Código de Justicia Militar argentino— del Código penal argentino. De donde la lucha contra la predominante tesis positivista, en auge, por GÓMEZ, RAMOS, MOLINARIO, LAPLAZA, etcétera.

No hay que decir que no sólo en las cátedras se libró la contienda, sino en el campo de batalla de la conciencia de cada *legis exccutor*, donde el combate es singular y silente; los repertorios de jurisprudencia importan una estadística de las altas y de las bajas, en un proceso que tomó su tiempo. No olvidemos que los intérpretes judiciales estaban formados por enseñanzas en su mayoría positivistas.

Por supuesto que en esa corriente penal se reconocía el problema del análisis del delito desde los tiempos de CARMIGNANI y que no ignoraban la desintegración del delito como objeto, *pero con un propósito simplemente expositivo y, además, incompleto*. De donde no resulta extraño, en esa época, que alguien tan insospechable de dogmatismo tudesco, como el profesor RAMOS, en la reedición de 1942 de su *Curso de Derecho penal*, introdujera el análisis del delito. Pero dejando bien en claro que los elementos del delito *no eran independientes (!)* y que, *todos y cada uno de los elementos, pueden ser el primer elemento*.

Mas la prueba indiscutible de la visibilidad de la dehisciente verdad de la teoría alemana del delito la dió un autor de la talla de JOSE PECCO —jurista de nombradía internacional, iniciada con el reconocimiento del propio ENRICO FERRI—, que en su *Proyecto de Código*, de 1941, estatuye, al lado de normas positivistas sobre peligrosidad, otras sobre causas de justificación

(artículo 27) y causas de inculpabilidad (artículo 28); en tesitura ambivalente: delincuente-delito, que lo singulariza como neo-positivista.

3) *Vigencia, en sentido orteguiano, del Derecho penal argentino*

Desde aquellas obras primiciales de SOLER y JIMÉNEZ DE ASÚA hasta nuestros días, los repertorios jurisprudenciales —con la seriedad de revistas jurídicas que superan nuestras fronteras, como *La Ley* y *Jurisprudencia Argentina*— marcan un gran avance de la *teoría jurídica o dogmática del delito*. Así es que, desde hace una década, no es sólo encontrar fallos que no acudan, en primer término, a un dogmático, como SOLER en su *Derecho penal argentino*; a la referencia del enciclopédico *Tratado de Derecho penal*, de JIMÉNEZ DE ASÚA. La obra de SOLER ha adquirido la preeminencia que antes gozaba la de GÓMEZ, o MOLINARIO, o RAMOS. Esa preeminencia es significable con el concepto orteguiano de vigencia —de sus *Obras completas*, y, en particular, su *Idea de las generaciones*—, que se echa de ver y se evidencia en que pocos se atreven a polemizar o siquiera a redargüir las exégesis del *Derecho penal argentino*.

Pero ello fué precedido de una tenaz oposición de EUSEBIO GÓMEZ no sólo en sus últimas *Leyes penales anotadas*, sino y primordialmente en aquella tan extraordinaria como añorada *Revista de Derecho Penal*, de su dirección, con jerarquía en la entera órbita americana. Ahí se enarbolaron argumentos de toda laya contra la *teoría dogmática*. Desde las acerbas expresiones de Rocco (prólogo al *Manual de Derecho penal*, de VON HIPPEL, 1936): "...la llamada nueva dogmática del Derecho penal tudesco... sobre las huellas de STAMMLER, por un lado, y de la Filosofía de los valores, por otro, representa una vuelta, más o menos atávica, a las concepciones iusnaturalistas... y lleva, con la admisión de un Derecho ultralegal (Derecho justo) junto al Derecho llamado legal, a la ilegítima intromisión de las investigaciones filosóficas, espiritualistas y metafísicas del Derecho, en la lógica cristalina y límpida de los conceptos jurídico positivos" (cit. por Gó-

MEZ en "El tecnicismo jurídico en Derecho penal", en la *Revista de Derecho Penal*, año II, 1946).

Aclaremos que esa supralegalidad que sólo alcanza a un elemento, la antijuricidad —y que no incluimos en este ensayo—, no es ni lo más importante ni tampoco obligatoria en la *teoría jurídica del delito*. Y ello es así, por cuanto la *teoría jurídica del delito* actúa en el campo del Derecho penal, *stricto sensu*, después de sancionada la ley, en tanto que la problemática de la criminalidad, como política legislativa, antes de la ley, recoge los aportes positivistas en alguna medida. Hemos dado prueba de ello en nuestra "Etiología de la criminalidad infanto-juvenil" (*Revista Inst. de Inv. y Doc. Criminológicas*, núm. 5, 96, reeditado por *Jurisprudencia Argentina*, bol. 15-IX-61, y traducción al inglés en *Excerpta Criminologica*, editado en Amsterdam, Holanda, vol. 2, núm. 5, septiembre-octubre 1962; párrafo 1.293). Ahí tematizamos que el legislador, por encima de la contienda de escuelas, no puede obrar de otro modo que interrogando neutralmente la conducta criminológica que va a normar; con lenguaje kelseniano, apoya el "mundo de las normas" (*Sollen*) en el "mundo del ser" (*Sein*).

Volviendo a GÓMEZ, publicaba, también en su revista, año 1948, página 361, un vehemente alegato de la pluma del renombrado penalista brasileño NELSON HUNGRIA, sin concesiones de ninguna clase: "Desde os primórdios deste século, a doutrina do Direito penal, vem-se esterilizando no afincado propósito da miúda disseção de conceitos, na exasperação do logismo abstrato, na tarefa inglória de uma dialética tao profusa quanto infecunda. Nao foi sem razão que ja se falou da decadencia do Direito penal... a ciencia jurídico-penal entrou a construir no vazío... com o traquilo objetivismo de cálculos matemáticos. Dentro de esquemas apriorísticos, de classificações rígidas, de quadros fechados, de logomaquias difusas e confusas, de sutilizações cerebrinas, de fragmentações infinitisemais de conceitos." En toda la producción de HUNGRIA, este estudio, incisivo desde el epígrafe *Os paradedistas do Direito penal*, no tiene rival en su falta de neutralidad, como para imputar al pensamiento de BELING o MAYER —entre otros— la "decadencia del Derecho penal", "construcciones en

el vacío”, “logomaquias difusas y confusas”, “fragmentaciones infinitesimales de conceptos”, como se ha leído.

Con estas andanadas, inteligentemente dirigidas a la universal ley del menor esfuerzo, se conjetura, y se conjetura bien, que la lucha científica de SOLER y JIMÉNEZ DE ASÚA no fué precisamente fácil.

4) *Fallido embate de la iusfilosofía egológica...*

Como para probarla a fuego, no se libró la *teoría jurídica del delito* del embate de una corriente no penal, iusfilosófica, llamada “egológica”; que, por medio de uno de sus seguidores, LAUREANO LANDABURU (jr.), en “El delito como estructura” (publicado en la revista de GÓMEZ), emprendió una campaña seguida por AFTALION, en “Delito, tipicidad y analogía” (*La Ley*, 1945), contra la analítica alemana. Postulaba LANDABURU el “delito como estructura”, invocando la tesis psicológica de la *Gestaltpsychologie* y la estructura psíquica. Invocación que, a nuestro parecer, invalida su tesis *ab ovo*, ya que la *Gestaltpsychologie*, de WERTHEIMER, KOFFA y KOHLER, es psicología de la forma, con matices diversos a la *Strukturpsychologie* o psicología de la estructura, de KRUEGER y WELLEN. Y también de la *Ganzheitspsychologie* o psicología de la totalidad.

De todos modos, lo que interesa a esta descripción es que la tesis del “delito como estructura” negaba el análisis del delito, imputándole que era temporal, y con ello desintegraba atomísticamente la unidad del todo. Como también que la tipicidad y la culpabilidad no eran particularidades del Derecho penal; pretendiendo, so capa de voluntarismo, que el juez “crea” subjetivamente el Derecho y que se debía “sacar del error dogmático a la ciencia penal”.

Vale la pena hacer posada en el episodio porque asombrosamente unió contra esa incursión filosófica a dogmáticos y positivistas. No era de extrañar, en efecto, que saliera a la palestra RICARDO C. NÚÑEZ, también dogmático, con “¿Debemos abandonar la manera tradicional de interpretar las leyes?”, *Revista Jurídica de Córdoba*, 1947. O el distinguido magistrado tucumano GERARDO PEÑA GUZMÁN, con “Tipicidad y Derecho penal liberal”.

Revista Col. Abog. Santiago del Estero. Pero lo insólito —y de suyo valioso— es que un positivista *a outrance*, como FRANCISCO P. LAFUZZA, se les uniera, con "Realismo, dogmática y adaptación penal", *Revista de Derecho Penal*, 1947. Posición que reeditara con entusiasmo, junto a otro positivista, DEBENEDETTI, en un debate sobre el tema en el Instituto de Filosofía Jurídica, con participación de LANDABURU, AFTALION, PEÑA GUZMÁN, S. C. FASSI, LANGFELDER y otros (ver *Revista de Derecho Penal*, II, 1946).

De este interesante episodio se desprende llanamente, como conclusión, la nivelación subyacente de "tirios" y "troyanos" (dogmáticos y positivistas), reveladora en esa coyuntura del determinado grado de verdad que asiste a la *teoría jurídica del delito*, por encima de algunos extremismos e inflexiones.

Conclusión que no sólo culmina esta compendiada imagen del *status* de nuestra doctrina inuspenal —que puede ser compulsada con la de otros países y extraerse conclusiones propias—, sino que deja prefigurado el sustento científico de la *Original research* que realizamos en la parte II.

5) *La teoría jurídica...*

El "Proyecto de Código penal", de 1960, redactado por SEBASTIÁN SOLER, es ya bien conocido en España, por el exhaustivo estudio de JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, catedrático de la Universidad de Valladolid, publicado en el *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Madrid, 1960, invocado señeramente por SOLER al inaugurar las sesiones públicas preparlamentarias en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, en 1961.

Con su jerarquía doctrinaria, el redactor construye una magnífica traducción legislativa de la concepción dogmática del delito. Incorpora previsiones y tecnifica incongruencias de la ley vigente. A la manera como había esclarecido, dogmáticamente, el Código del 22, en su *D. P. A.*, i. e., al desentrañar el "dolo" en el 34, inciso 1.º, o al superar teóricamente el inconveniente requisito de la "falta de provocación suficiente", en la legítima defensa (34. inc. 6. apartado c), etc. Precisamente el profundo conocimiento de la dogmática alemana es una de las máximas vir-

tudes del "Proyecto", la que como fundamento de adhesión di junto a otros nueve argumentos, pese a observaciones de detalle en el articulado (cf. *El Colegio de Abogados de La Plata frente a la reforma penal*). Siendo otra virtud la de no estar adscrito, pese a todo, a una sola teoría; pues hace concesiones —buscando ese justo medio a que aludiera Aristóteles— con la semiimputabilidad, donde la medida de seguridad es vicaria de la pena, con beneplácito del positivismo y resolviendo problema por problema. Tampoco debe pensarse que su *D. P. A.* monopolizará la doctrina, si el "Proyecto" se convirtiera en ley, pues existen varias e importantes modificaciones —ya no está frente a una ley imperfecta, está legislando—, sino que la doctrina se irá formando sobre el articulado que resulte aprobado por el *ex jure quod est regula fiat*.

Como proyecto, *per se*, independiente de su suerte legislativa, ejercerá indudable influencia en el orden comparado, con lo que la *teoría jurídica del delito* que traduce continuará su empinamiento, conservando, sin cesura, una de las virtudes del Código penal del 22 —obra, más del sentido común que del eclecticismo que se le adjudica—, me refiero a su brevedad.

Claro está que se le formularon al "Proyecto" muchas observaciones, no en vano es un cuerpo legislativo de fondo, pero aportando toda colaboración con el legislador. Y con el redactor, cuya responsabilidad no compartida en el "Anteproyecto" como el caso de STROOS o de GRAVIN, es demasiada, a mi juicio, para un solo jurista, por grande que sea su esfuerzo. En lo que hace a nuestro tema, en ninguna de las observaciones de NÚÑEZ, LAPLAZA y otros profesores y ponentes se advierte ya esa animadversión contra la *teoría jurídica del delito*; con lo que también nos acompaña en este excursus el promedio de las ideas iuspenales vigentes en nuestro medio y a esta altura de los tiempos.

II. LOS ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO MILITAR
EN LOS SIETE MOMENTOS LÓGICOS DE LA "TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO"

6) *Pesquisa teórica en el Código de Justicia Militar
de 1951...*

Formidable tarea sería intentar siquiera dar noticia de lo que la teoría alemana ha pensado sobre los aspectos positivos y negativos del delito. Por otra parte, innecesaria; pues toda ella, desde la misma "Teoría del delito" (*Die lehre von Verbrechen*), de BELLING, es moneda corriente en la literatura penal hasta para los estudiantes de Derecho. Pero simplemente a título de incardinación de la prelusión teórica con la puesta en ejemplo que sigue, esquematizaremos, a manera de *pivot*, los aspectos positivos con los negativos, indicando dónde juega cada uno de éstos, que son los que nos importan.

Aclarando previamente que no uso la terminología de características o elementos del delito, *ad usum*, sino la de "momentos lógicos", evitando el reproche de división temporal y de simple suma de partes yuxtapuestas de un todo (2 a. *Investigación lógica*, de HUSSERL), pues constituyen un conocimiento lógico del todo delito. La *teoría jurídica del delito*, a nuestro juicio, es un "instrumento gnóstico de análisis lógico", que, por ser Ciencia y no Derecho (norma), no afecta la unidad del todo objeto.

<i>Momentos lógicos del delito</i>	<i>Aspectos negativos del delito</i>
Acción (2).	1) Ausencia de acción.
Tipicidad.	2) Ausencia de tipicidad o tipo.
Antijuricidad.	3) Causas de justificación.
Imputabilidad.	4) Causas de inimputabilidad.
Culpabilidad.	5) Causas de inculpabilidad.
Condición objetiva de punibilidad.	6) Falta de cond. obj. de punibilidad
Penal.	7) Excusa absolutoria.

(2) Acción es una denominación no pacífica y controvertida con acto o hecho, lo que nos impulsará a una exploración fenomenológica de estos signos significantes, a publicarse en el núm. 2 de la *Revista del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de La Plata*, que dirige el rector, profesor JOSÉ PEZO.

Es archisabido que "acción" mienta el hecho humano voluntario: "tipicidad", la adecuación del hecho a un tipo penal; "antijuricidad" es el Derecho contradicho por la acción punible: la vida, el honor, etc.; "imputabilidad", es la atribución objetiva de un hecho a un sujeto por condiciones determinadas: conciencia, volición y madurez (edad); "culpabilidad" es la valoración de la vinculación subjetiva de un sujeto a un hecho (por dolo o por culpa); "condición objetiva de punibilidad" es una condición exterior y extraña a los cinco momentos lógicos primarios y anteriores en ciertas figuras penales (mientras que los cinco anteriores se dan en todo delito); "excusa absolutoria" es una exclusión de pena adventicia para ciertos casos y no para otros, en los mismos delitos.

El orden de estos momentos lógicos es invariable y no admite mutación: i. e., si un hecho alcanza el segundo momento, ya es delito, aunque el autor no sea delincuente, ya sea por inimputable o inculpable; circunstancia importante, pues entonces debe investigarse la responsabilidad de coautores y partícipes, que recibirían pena por ser ellos imputables o culpables. No así en el momento primero, si hubiera ausencia de acto.

Puede en un caso ser acto, tipicidad, antijuricidad; pero faltar i. e. una condición objetiva de punibilidad, subsistiendo la responsabilidad de copartícipes.

Iniciaremos ahora la pesquisa de ejemplos dogmáticos en la ley penal militar argentina, siguiendo un *methodos* (camino) que permita su reedición, didascálicamente, en otros códigos castrenses.

7) *Interés y utilidad de este excursus cognoscitivo...*

Se desprende dócilmente de lo anterior, que la *teoría jurídica del delito* nos da ideas claras —lo que no alcanza a cumplir nuestra escasa doctrina penal militar positivista y, por ende, anacrónica—, evitando las naturales deformaciones del empirismo: el que acecha todo quehacer humano en cualquier encrucijada del trato del hombre con las cosas. Ello, de por sí, justificaría el interés de intentar esta personal reconstrucción dog-

mática de la ley castrense, si no tuviera también utilidad, en cuanto cada aspecto negativo del delito produce distintos efectos jurídicos. No basta saber que se absuelve, debe saberse, y es fundamental, por qué aspecto negativo se absuelve. Al Tribunal, como a las partes, les son menester ideas claras de ese "por qué" en el caso de autos. Por ejemplo, en los aspectos cuarto, quinto y séptimo subsiste la investigación y responsabilidad de terceros coautores o copartícipes. El aspecto negativo tercero, como el primero, segundo y sexto, elimina la responsabilidad patrimonial. Los aspectos negativos cuarto, quinto y séptimo dejan subsistir la responsabilidad civil *ex delicto* a pesar de la impunidad penal. El aspecto cuarto determina medida de seguridad, si el acto es típico y antijurídico.

8) *La acción y su ausencia; el delito de sueño*

Desde MANZINI, que cree que las normas también "se dan para los durmientes", hasta nuestros días, de lo mucho que se ha escrito, CARRARA sigue iluminando la cuestión al enseñar que los movimientos de un dormido son "meramente maquinales" (*Programma*, parág. 238). Pero lo que importa en lo penal militar es el giro copernicano de la cuestión, al transformar este aspecto negativo del delito común en delito, *per se stesso* (cf. arts. 362, 363, 399 y 400 del Código castrense español). El art. 732 del Código de Justicia Militar argentino reprime al "... que se hallare durmiendo". El delito, pues, es el sueño mismo.

Salvo este caso, rige la *teoría jurídica del delito*, que excluye, inclusive, al somniloquo —que habla en sueños—, y podría tipificar con palabras el delito de irrespetuosidad.

9) *La tipicidad...*

La ausencia de tipo resulta de la falta de cualquiera de las circunstancias expresamente exigidas en cada delito (*Mangel am tatbestand*). Puede ser: a), en el sujeto activo —art. 843: "Militar revestido de funciones judiciales"—, determinando la ati-

picidad para todo otro militar que no cumpla esta exigencia del tipo; b), en el sujeto pasivo, verbigracia, en el delito de irrespetuosidad, que exige un militar de mayor grado, con iguales consecuencias que el caso anterior; c), en la falta de objeto —artículo 284: “armas... que hayan sido provistas, y no otras armas”—; d), en elementos cronológicos, como los artículos que exigen “tiempo de guerra” (no confundir con “declaración”, que puede no existir); e), en la ausencia del medio —art. 722, debe revelarse: “... el santo y seña, una orden reservada...”—; f), falta de elementos normativos —art. 720, lugar: “... no autorizado...”, determinando la valoración de datos jurídicos: autorización legal, reglamentaria, etc.—; g), falta de elemento subjetivo del tipo, que puede ser intencional, como en el art. 716, inciso 2 (deserción): “... propósito de abandonar las filas”, o de finalidad, artículo 629 (espionaje): “... con el fin de hacer reconocimientos”, o el art. 843 (defraudación militar): “... en provecho propio o el ajeno”.

10) *La antijuricidad...*

La antijuricidad, en la teoría alemana, es sinónima del injusto; de ahí que BELLING, en sus *Grundzüge* (“Fundamentos”) no diga “causas de justificación”, como aspecto negativo, sino “causas de exclusión del injusto” (*Unrecht*). Tenemos la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, cargo, autoridad u oficio, el cumplimiento de un deber (por ley). SOLER agrega el “consentimiento del interesado”, sin gravitación en lo penal militar. No así las causas de justificación mencionadas, pues, por remisión del Código penal, operan en el Código de Justicia Militar. Son *jus receptum* en el 510 del Código castrense todas ellas, “... en cuanto no se opongan a las prescripciones de este Código”. De lo que encontramos raro ejemplo en el art. 516, que sólo “atenúa la pena” del que consuma delito de “vías de hecho contra el superior” cuando es objeto de ataque físico de éste, por delito de “abuso de autoridad” del propio superior; lo que en el orden común es legítima defensa y, por ende, impune. Omitimos considerar la “obediencia debida”, pues destruiría las proporciones de este trabajo. Adelantando qué suele darse en la *praxis* o como

causa de inculpabilidad (error de hecho al examinar la orden recibida) o como cumplimiento de la ley, justificante independiente, pero que también excluye la antijuricidad.

11) *La imputabilidad...*

Siendo la mayoría de edad penal de dieciséis años (y el Código penal rige también, por remisión, tratándose de un Derecho penal especial) es difícil su ausencia en lo penal militar, cuyos sujetos activos son de mayor edad. Sólo el art. 109, inciso 3, habla de "alumnos de Institutos y Escuelas militares...", algunos teóricamente inimputables por minoridad o inmadurez.

Otra particularidad es el art. 246, que estatuye la "suspensión de la causa —no la exclusión de delito por ausencia de imputabilidad— en caso de "incapacidad mental", con medida de internación *sine die*. En todos los otros casos opera el 34, inciso 1, del Código sustantivo.

12) *La culpabilidad...*

El error, la ignorancia y la coacción excusan la culpabilidad en la *teoría jurídica del delito* y en la ley común. "El error es saber mal", y "la ignorancia es puro no saber" (SOLER, *D. P. A.*, II, 79). El error elimina la conciencia de la criminalidad del acto, contenido en la culpabilidad. Esto último nos permite sostener inéditamente que el Código de Justicia Militar prevé formas de obrar sin conciencia de la criminalidad del acto, en un giro copernicano análogo al del delito de sueño, cuando en su art. 738 prevé ese "saber mal" excusante, *ad litteram*, el error, como delito *per se stessu*. En lo demás rige el sistema común.

13) *Condiciones objetivas de punibilidad...*

Ejemplo de estos verdaderos añadidos o agregados a los momentos lógicos fundamentales y primarios lo da el art. 638, que impone esta condición como un *plus* a los cinco elementos previos: "... se ha declarado la guerra" o "se ha producido incen-

dio". O el art. 848 (defraudación militar), que virtualmente desincrimina la acción típicamente antijurídica, aunque el agente sea imputable y culpable, si no hay "... perjuicio de la Administración militar". Este aspecto negativo rige en ciertos delitos.

14) *Excusas absolutorias*

Ejemplos: art. 648: "Los participantes de rebelión que *denunciaran la conspiración*, quedan impunes por esta excusa absolutoria." No así los coautores y coparticipes del mismo delito de rebelión. O el art. 625: "El complicado en traición que la *revela a tiempo para evitar sus consecuencias*." El art. 524 otorga una excusa absolutoria al que consume típicamente el delito militar de abuso de autoridad, cuando sea "para reprimir flagrantes delitos de traición, rebelión, etc."

15) *Los aspectos negativos...*

Por el art. 870 del Código de Justicia Militar de 1951, los delitos comunes, en los casos sometidos a jurisdicción militar (por el lugar militar o por cumplir el agente militar un acto del servicio) "... serán reprimidos con arreglo a las disposiciones del Código penal".

Este artículo es altamente demostrativo de la utilidad en lo penal militar de conocer los aspectos negativos del delito, de la *teoría jurídica*, pues, si con arreglo a las disposiciones del Código penal, donde, como hemos visto, se estatuyen causas de justificación, de inculpabilidad, de inimputabilidad, etc., se excluye la pena, resulta la impunidad del delito común sometido a jurisdicción militar, con la polifurcación de consecuencias mentadas en el parágrafo 7.

Temática con la que esta investigación accede, a un tiempo, a culminar su periplo y demostrar su perístasis.