

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO
MILITAR Y SU VINCULACIÓN CON LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS
CONSTITUCIONALES**

Proyecto de Trabajo Especial de Grado, para
optar al Grado de Especialista, en Derecho
Administrativo.

Autor: Alí Daniels

Asesor: Víctor Hernández-Mendible

Caracas, 27 de julio de 2007

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado **ALÍ JOSE DANIELS PINTO**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR Y SU VINCULACIÓN CON LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 27 días del mes de julio de 2007.

Víctor Rafael Hernández-Mendible

A Gloriana,
luz en la oscuridad.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Aprobación del asesor	ii
Dedicatoria	iii
INTRODUCCIÓN	1
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA DISCIPLINARIA MILITAR	
A. BOSQUEJO INTRODUCTORIO	4
B. PERIODO COLONIAL	4
C. LOS PRIMEROS AÑOS DE LA REPÚBLICA	10
D. HACIA LA INSTAURACION DE UN EJÉRCITO REGULAR	14
II. ESTRUCTURA Y CARACTERS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR	
A. ESQUEMA GENERAL	32
B. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO, HISTORIA DE UNA DESLEGALIZACIÓN	33
C. EL REGLAMENTO DE CASTIGOS DISCIPLINARIOS	43

D. DETERMINACION DE LOS PRINCIPIOS DIRECTORES DE LA INSTITUCIÓN Y DE LA CONDUCTA DE SUS MIEMBROS	50
III. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR Y EL RÉGIMEN VIGENTE EN VENEZUELA	
A. LA POTESTAD DISCIPLINARIA. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	68
B. LA DISCIPLINA	78
C. PRINCIPIOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO	82
CONCLUSIONES	98
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUCCIÓN

El origen del presente trabajo estuvo en la experiencia profesional que tuvo quien lo redacta en la institución castrense. De esa época viene el interés por establecer los elementos estructurales y formales de la disciplina militar, su evolución y límites, así como su compaginación con el estado de derecho en el que se desenvuelve. No se trata en modo alguno de un trabajo que busque criticar a la institución armada sino por el contrario el establecer una determinación científica de los principios que rigen la disciplina militar para favorecer el estudio de una materia muy poco analizada por los autores patrios, de modo introducir un estudio crítico que permita establecer criterios de mejora en los casos que así proceda.

Por ello las razones de este trabajo se circunscriben a establecer cuáles son los orígenes históricos de la normativa disciplinaria militar, su desarrollo y los cambios que ha venido presentado a lo largo de la historia. En este cometido, lo mismo que en el resto, nos encontramos con la enorme dificultad de acceso a las fuentes originarias, y sobre todo, a la falta de bibliografía nacional sobre el tema, la cual tuvimos que suplir con la utilización de autores del país de donde se origina el derecho militar venezolano, es decir, de España, aunque para casos puntuales hemos recurrido a autores de otros países.

Otro objetivo que se persigue en el presente trabajo es la determinación de elementos que conforman el régimen disciplinario militar de modo de poder contrastar los mismos con la normativa constitucional y legal que esté vinculada al hecho disciplinario, y establecer los elementos diferenciadores del derecho disciplinario militar respecto de otros órdenes disciplinarios dentro de la administración pública, de modo de establecer su propia identidad respecto de estos y establecer los elementos que lo conforman.

Una vez establecidos los elementos estructurales del derecho disciplinario militar, tenemos como finalidad el establecer los rasgos más esenciales que regulan la materia y contrastarlos con los principios constitucionales de protección de la persona humana, de modo de establecer su adecuación o no a la misma.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA DISCIPLINARIA MILITAR

A. BOSQUEJO INTRODUCTORIO.

La formación de la fuerza armada de un país no es algo que represente en el tiempo un proceso corto, antes bien, es un proceso que acompaña el propio desarrollo de un país, y que le sigue, con sus altas y bajas, en la misma medida, repercutiendo en el estamento armado las mismas influencias que se manifiestan en el resto de la sociedad de que se trate. Por ello, la determinación de la evolución normativa castrense va aparejada de la evolución normativa del país, y es su reflejo, de modo que analizando el trasiego normativo militar también se puede analizar a buena parte de la sociedad venezolana, y a partir de allí entender las razones que inspiraron las políticas normativas que regulan la entidad castrense. Ese el esfuerzo realizado en la investigación a realizar, haciendo énfasis en el elemento medular de la estructura militar, la que lo diferencia de otras organizaciones públicas, esto es, la disciplina, punto a partir del cual el estamento militar se define y proyecta sus objetivos a favor de la sociedad a la que está llamado a servir.

B. PERÍODO COLONIAL.

1. La hueste indiana.

La conquista de lo que actualmente conocemos como Venezuela, no fue realizada por una “Fuerza Armada” en los términos en que actualmente la conocemos como un Ejército, pues si bien el siglo XVI demarca el nacimiento de los estados modernos y el momento de transición en la formación de Ejércitos permanentes¹, razones económicas privaron para que la organización de las primeras expediciones a América fueran sufragadas en su mayoría por

¹ Pérez, T. (1988). De la conducción y organización de la Fuerza Armada entre los años de 1788 y 1845. **Venezuela en los años del General Rafael Urdaneta (1788-1845)**. Maracaibo: URU. pág. 235.

particulares², lo que obligó a conceder potestades a estos, incluidas las de tipo militar, pues desde el principio quedó claro el dominio de la metrópoli sobre lo descubierto, y que los expedicionarios sólo actuaban en su nombre y beneficio³⁴, para lo cual necesitarían la habilitación de un justo título sobre el cual basar tal representación⁵.

Bajo estos supuestos surge la figura del Adelantado⁶, utilizada ya por el propio Colón⁷ Cuando invistió con tal dignidad a su hermano Bartolomé, la cual fue sin duda la más socorrida por lo Reyes españoles para organizar la conquista, cuyos orígenes se encuentran en el entonces cercano derecho medieval español⁸ y en virtud de la cual se otorgan a su poseedor potestades que lo hacen legítimo representante de la Corona en tierras americanas, a pesar de que los términos y condiciones de tales potestades son vagos en la mayoría de los casos⁹. Sin embargo, queda claro que son los Adelantados los encargados de la jefatura militar y política de la hueste destinada a apropiarse del territorio en disputa a la población originaria¹⁰.

Es esta hueste indiana la principal figura de la organización militar de la conquista y la que cimentará dominación española en el nuevo continente, al punto que se han podido encontrar por lo menos 28 nombramientos de este tipo entre 1492 y 1574¹¹.

Pese a ello, salvo las disposiciones relativas a las prerrogativas militares dadas al Adelantado en la Capitulación correspondiente, la organización, estructura y funcionamiento no estaba determinada por norma positiva alguna, ya que desde el propio reclutamiento, todos los parámetros dependían del encargado de pagar y dotar la expedición. Esta ausencia normativa se explica por el hecho de que la hueste indiana tiene sus fundamentos en el “fecho e mar”,

²Suárez, S. (1984). **Las milicias. Instituciones militares Hispanoamericanas**. Caracas: Academia Nacional de la Historia. pág. 32.

³Morón, G. (1967). **Historia de Venezuela** (4a. ed.) Madrid: Rialp. pp. 263 y 264.

⁴González, E. Op. cit., pág. 185 y ss.

⁵Oviedo y Baños, J. (1940). **Historia de la conquista y población de la provincia de Venezuela**. New York: Adams. 1940. p. 12.

⁶González, E. (1930). **Historia de Venezuela** (Vol. 1). Caracas: Élite. pág. 87 y ss.

⁷Suárez, S. Op. cit., p. 33.

⁸Vigón, J. (1967). **El Ejército de los Reyes Católicos**. Madrid: Nacional. pág. 48.

⁹Suárez, S. Op. cit., pág. 35.

¹⁰Salcedo, J. (1979). **Historia Fundamental de Venezuela**. Caracas: Fundación Gran Mariscal de Ayacucho. pág. 111.

¹¹García, B. (1978) citado por Suárez, S. Op. cit., pág. 34

institución medieval que se basaba en incentivar a quienes asumían el riesgo de expediciones navales, con beneficios personales, ya fuera por repartos de botín o distribución de tierras según los méritos y posición dentro de la empresa conquistadora, todo ello según el arbitrio del Adelantado.

En consecuencia, las normativas disciplinarias de esta formación expedicionaria quedaban igualmente a la libre consideración del Adelantado, como queda corroborado por Suárez quien señala que “los expedicionarios quedan sujetos al capitán y han de acudir a sus llamados y consultas, quien puede de palabra o por escrito, imponerles penas sobre sus personas y bienes y ejecutarlas”¹² por lo que se puede hablar de inexistencia de cualquier clase de sistemática al respecto.

Terminado el largo proceso de la conquista en Venezuela, proceso que fue el más largo de todo el continente, pues no terminó hasta finales del siglo XVI ¹³, no se suplanta al Adelantado y a su hueste por una estructura militar formal, sino que es a los propios conquistadores a los que se sigue encargando la defensa del territorio, pero de un territorio en el que poseen los frutos de su esfuerzo: la encomienda.

A través de esta figura, se obliga a los conquistadores a defender sus prerrogativas, cuestión que puede observarse cuando en 1524 Hernán Cortés dicta unas ordenanzas donde establece para los encomenderos obligaciones de tipo militar¹⁴, situación que se repetirá en el resto de las colonias a medidas que fueron definitivamente sometidas¹⁵, pues los encomenderos se constituyeron en la base de la defensa del territorio, lo que dio lugar a que se recurriera a ellos en no pocas ocasiones¹⁶.

¹²Suárez, S. (1979) **Las Fuerzas Armadas Venezolanas de la Colonia**. Caracas: Academia Nacional de la Historia. p. LXII del Estudio preliminar.

¹³Plaza, A. (1956). **Las armas españolas en la conquista de Venezuela (siglo XVI)**. Universidad Central de Venezuela. Caracas. p. 26.

¹⁴Arcila, E. (1979). **El Régimen de la Encomienda en Venezuela** (3 ed.). Caracas: UCV. p. 148 y 149.

¹⁵Pizarro dictó medidas parecidas en 1536, Valdivia en Chile en 1546 y Juan de Villegas en Venezuela en 1552. Suárez, S. Op. cit., pág. 47.

¹⁶Morón, G. Op. cit., pág. 116.

Sin embargo, como era de esperarse en una institución con rasgos militares aún más tenues que la del Adelantado, el contenido militar de la misma no quedó establecido sino a través de cada caso y a las circunstancias de cada colonia,¹⁷ al punto que se mezclan sanciones de diversa índole por el incumplimiento de las obligaciones por parte del encomendero, que podían ir desde la multa a la pena de muerte, quedando cada Cabildo libre de decidir y determinar al respecto¹⁸.

2. Las “tropas veteranas” y las milicias.

A causa de su inorganicidad y de las reiteradas quejas de los encomenderos para no ser utilizados¹⁹, y sobre todo movilizados en la defensa de ciudades y fortalezas, hace que la Corona contemple alternativas para mantener la integridad de sus territorios de ultramar, por lo que a partir del siglo XVII se intenta organizar un sistema de milicias que sustituya la precaria actividades de los encomenderos. Esta iniciativa, aunque de lento avance, hace que poco a poco se implante la milicia como estructura de defensa de las colonias americanas²⁰, lo que permitiría que en 1718 se acuerde la supresión de las encomiendas, pues ya no respondían a los fines de su creación²¹.

Estas milicias y las exiguas tropas veteranas existentes constituyeron el nuevo bastión de apoyo para la defensa de las colonias²², pese a lo cual el establecimiento de un derecho que regule a las primeras tardará en verse, justamente debido al lento establecimiento de las mismas, lo cual provoca que no sea hasta 1763 que en la provincia de Venezuela se empieza a organizar debidamente a las milicias de acuerdo con las Ordenanzas de Milicias de España de 1734²³. Sin embargo, en 1768, por Real Orden del 31 de Julio, se ordena la aplicación del Reglamento de Milicias de Cuba²⁴, que no fue publicado hasta el 19 de Marzo de 1769 por Real Cédula. En el Capítulo III “De la Disciplina”, nos encontramos con el primer texto

¹⁷Suárez, S. Op. cit., pág. 69.

¹⁸Domínguez, F. (1975). Obligaciones militares de los vecinos hispanoamericanos (según se desprende de las Actas Capitulares). **Revista de Historia de América**. 72. pág. 52.

¹⁹Suárez, S. Op. cit., pág. 51.

²⁰Ibid., pp. 84 y 85.

²¹Baralt, R. y Díaz-Sánchez, R. (1939). **Resumen de la Historia de Venezuela**. Brujas: Desclée. pág. 427.

²²Suárez, S. Op. cit., pág. 87.

²³Ibid.,pág. 117.

²⁴Pérez, T. Op. cit., pág. 235.

disciplinario nacido en América, donde se hace hincapié, en primer lugar en el deber de los jefes de mantener a los soldados a su cargo “en el más aventajado pié de disciplina”²⁵ (Art. 1) y luego indica las obligaciones de los distintos rangos, partiendo del “Theniente Coronél”, señalando igualmente los tipos de ejercicios que deben hacer y los suministros que han de darse para los mismos (Art.3 y ss.). Sin embargo, en lo que se refiere al aspecto represivo, nos encontramos con que la exhaustiva del reglamento no tiene el nivel de detalle que presenta en lo que respecta a los ejercicios, pues sólo nos encontramos con que en el artículo 16 se establece la prohibición para los Cabos, Sargentos y Oficiales de Milicias a “castigar con palo á los Soldados; pondrán presos á los que no cumplan con su obligación, les falten al respeto, ó prompta obediencia que les deben”, pues tal potestad quedaba reservada a “los Gejes del Cuerpo mortificando al agressor con venignidad; pero con la debida consideración á la gravedad, y circunstancias de la falta”, estableciendo de este modo un vago criterio de evaluación al imponer el castigo.

Sin embargo, la norma citada sólo tenía aplicación en época de paz y siempre que no estuvieran en Guarnición, pues en ese caso el artículo 19 determinaba que en tal circunstancia o si estuvieran en campaña “todo lo relativo al servicio, subordinación, y disciplina, se arreglará á lo prevenido en las Ordenanzas Generales del Exercito”. Esta determinación se repite en el artículo 1 del Capítulo XI “Del modo de actuar en las causas de dichas Milicias” en lo que respecta a las causas criminales.

En lo concerniente a los castigos, estos están referidos principalmente al uso indebido del uniforme, pues el Capítulo V “De los castigos, y penas” formado por sólo 5 artículos, se señalaban sanciones de un mes de cárcel para los Oficiales retirados que no tuvieran la declaración de “la continuación del Fuero Militar”, y a pesar de ello usaran el Uniforme u otra distinción militar sin tener derecho a ello (Art. 2). Lo mismo para los demás elementos retirados de la Milicia, a quienes en principio trata con mayores miramientos, pues a la primera falta sólo les correspondía pagar una multa de nueve ducados, a la segunda, un mes de cárcel, pero ya en la tercera se ordenaba que se le destinara “por un año á mis Reales Obras” (Art. 3).

²⁵El texto íntegro puede encontrarse en Suárez, S (1971). **El ordenamiento militar de indias**. Caracas: Academia Nacional de la Historia.

En el caso de haber comprado “alguna prenda del Vestuario, ó Armamento de las Milicias” la pena era de doscientos ducados si era noble el culpable y de 4 años en las obras reales, en calidad de presidiario, si era plebeyo.

Igualmente, reitera la condena establecida en las Reales Ordenanzas para los Sargentos, Cabos, Tambores y Soldados que en tiempo de Guerra desertasen, esto es, la pena de muerte (Art. 4). En el caso de la ausencia sin la debida licencia, se destinada al culpable a servir en las Reales Obras, como presidiario por el término de 2 años. Reiteración innecesaria, pues ya la remisión a las disposiciones de las Reales Ordenanzas se había ordenado, como indicamos supra, en caso de encontrarse en campaña o en Guarnición.

A este desarrollo reglamentario de las milicias debemos agregar la reglamentación dictada para el batallón de veteranos en 1752 y en 1768, ambos lamentablemente perdidos²⁶, pues si bien en el mismo año de 1768, se dictaron las Ordenanzas del Ejército, ellas no regían sino supletoriamente para las tropas radicadas en América que tuviesen su propia reglamentación, tal y como fue ordenado por carta del Secretario de Estado Gálvez al Capitán General de Venezuela, en representación de la voluntad del soberano, en fecha 12 de Junio de 1782²⁷.

La escasa presencia de tropa veterana se trata de solventar paralelamente a la organización de la milicia, pues en el mismo año de 1768 se ordenó el establecimiento de un regimiento permanente de tropa veterana, con dos batallones de ocho compañías cada uno, pero solamente pudo formarse un batallón, al que se agregaron posteriormente 4 compañías, por la crónica falta de recursos de la corona²⁸.

Sin embargo, la escasez de tropa veterana es balanceada en parte por el éxito de las milicias en Venezuela que se refleja en el hecho de que al final del siglo XIX, el número de éstas era más

²⁶Suárez, S. **Las Instituciones Militares Venezolanas del Período Hispánico en los Archivos**. Caracas: Academia Nacional de la Historia. p. LXXVII del Estudio Preliminar.

²⁷ El texto completo en Suárez, S. (1971). **El ordenamiento militar de indias**. Caracas: Academia Nacional de la Historia. pág. 280.

²⁸ Salcedo, J. Op. cit., pág. 112.

de 10 veces el de las veteranas²⁹, y como lo apunta Suárez, a pesar de las constantes quejas de las autoridades de la mala calidad de la milicias, a la hora de utilizarlas no se hacen comentarios acerca de su efectividad³⁰.

C. LOS PRIMEROS AÑOS DE LA REPÚBLICA.

1. Constitución de 1811.

La evolución constitucional del tema militar en el derecho venezolano, tuvo inicios muy definidos en lo que respecta al tratamiento de la institución, tratamiento que podemos observar en artículos 177, 178 y 179 de la Constitución de 1811.

Todos estos artículos presentan una clara influencia de la Constitución de los Estados Unidos³¹, pues el primero fue tomado de la tercera enmienda de dicha Constitución y el 178 y 179 de la segunda enmienda, ambas ratificadas por el Congreso norteamericano el 15 de Diciembre de 1791 y forman parte de lo que se denomina el “Bill of Rights”. Sin embargo, en el caso del artículo 178, hubo un importante agregado que no existe en el texto norteamericano, y es el establecimiento por parte del poder legislativo del contingente de las Fuerzas Armadas, lo que demuestra desde el principio el control que sobre los militares quiso tenerse desde los principios de la República.

De este control, justamente, surge otro elemento nuevo en el artículo 179, pues si bien lo relativo al derecho a poseer armas tiene su origen en la segunda enmienda mencionada, no ocurre así con el señalamiento que se hace respecto a la “exacta subordinación” que debía tenerse a la autoridad civil por parte de las Fuerzas Armadas. Sin duda, esta indicación muestra como la desconfianza hacia un poder militar demasiado fuerte políticamente, existió desde la propia creación de la República, a pesar de que para la fecha en que se sancionó el texto constitucional, la lucha armada contra la metrópoli española no había empezado. Resulta

²⁹Suárez, S. (1984). **Las milicias. Instituciones militares hispanoamericanas**. Caracas: Academia Nacional de la Historia. pág. 239.

³⁰ Suárez, S. Op. cit., pág. 236.

³¹Brewer-Carías, A. Op. cit., pág. 18.

remarcable esta norma, por cuanto no existen testimonios de rebelión militar durante la época colonial, pero su vigencia e importancia fueron tales, en lo que respecta a la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil, que este principio se mantuvo en todas las Constituciones que la sucedieron.

Por otro lado, queda claro que la mejor idea que se tenía para la defensa del país en caso de conflicto era, siguiendo el modelo colonial, el establecimiento de una milicia disciplinada, dejando la fuerza permanente al mínimo necesario. Pese a ello, parece poco realista la posición de los constituyentes, quienes aparentemente no creían que deberían defender su independencia por la fuerza y por el largo tiempo que duró la lucha en Venezuela (por lo menos 12 años, sin tomar en cuenta las campañas fuera del país a partir de 1823).

2. Constitución de 1819.

En el texto constitucional dictado en Angostura, nos encontramos que en su Título XI, el artículo 11 se ratificaba la existencia de fueros para militares y eclesiásticos, mientras que en el artículo 9 se establecía un enunciado que tendría constante presencia en las normativas constitucionales siguientes al señalar que “la fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar”.

Sin embargo, pese a lo restrictivo de la norma citada con respecto a la participación militar en la vida pública, el que se hayan suprimido las otras limitantes establecidas por la Constitución de 1811, da clara idea de la importancia que tenían las Fuerzas Armadas en ese momento de la República donde apenas se tenía control sobre una porción de lo que actualmente es Venezuela³², y donde además este control era debido y mantenido, justamente, por militares, entre quienes incluso se encontraba el propio Presidente de la República, Simón Bolívar.

3. Constitución de 1821.

³²Morón, G. Op. cit., pág. 300.

En esta Constitución se retoma el artículo 177 de la de 1811 en la que se garantizaba la inviolabilidad del domicilio en tiempos de paz, sujetando la ocupación del mismo por parte de los militares a la autorización de los jueces civiles.

Este volver a la Constitución de 1811, pone de manifiesto la preocupación de los constituyentes por mantener una mayor sujeción sobre los militares, así como el hecho de que la situación de la República permitía establecer de nuevo limitaciones al poder militar, aunque quizás con un carácter más programático que efectivo, pues a pesar de que el Trienio Liberal en España permitió un respiro en la lucha independentista, todavía no se había logrado el fin de la guerra³³.

4. Constitución de 1830.

Una vez terminada la guerra de independencia y estando Venezuela en el proceso de separación de la Gran Colombia, los constituyentes de 1830 demuestran mayor preocupación por normar lo relativo al estamento militar, y es cuando le dedica un Título completo (“De la Fuerza Armada”),

Estos artículos sientan las bases generales de lo que será el tratamiento constitucional del tema y en general tendrá influencia en el resto de los textos que la seguirán³⁴, ratifica el fuero militar, y establece como principios rectores de la institución la obediencia y la no deliberación como elementos esenciales de la institución, así como la respectiva división de las mismas, a pesar de que, en general, la presencia militar no sea verdaderamente institucional, pues como lo señala Suárez “A partir de 1830 hasta bastante avanzado el siglo XX, Venezuela es un país militarmente desorganizado”³⁵.

Sin embargo, no contempla la contradicción evidente entre el principio de no deliberar y de obediencia, con el hecho de que los militares en servicio activo podían acceder a cargos de

³³Ibid. pág. 306.

³⁴Brewer-Carías, A. Op. cit., pág. 47.

³⁵ Suárez, S. (1970). **Temas militares**. Caracas: Ávila. pág. 7.

evidente carga política, como el de Presidente y el de Ministro, tal y como se veía en el momento y seguiría ocurriendo en lo sucesivo.

Igualmente, se retoma la idea de la Constitución de 1811 acerca del establecimiento de las milicias, pero sin darle la importancia que ese texto se le dio a este tipo de organización, y a pesar de ello pone de manifiesto que la milicia, institución venida de la Colonia, había dejado su impronta positiva en los dirigentes de la época.

5. Constituciones de 1857 y 1858.

En la Constitución de 1857 se introduce la prohibición, que se mantendrá hasta el presente, de no permitir que se ejerzan simultáneamente la autoridad civil y la militar (Art. 93), justamente como consecuencia de la contradicción señalada supra. Llama la atención que hubiera que esperar hasta bien entrado este siglo, y por razones estrictamente coyunturales, para señalar como excepción a esta regla el cargo del Presidente de la República, pesar de que en todos los textos fundamentales se le nombra como Jefe de las Fuerzas Armadas, no se consideró necesaria la aclaración.

En este texto, el poder legislativo quiso aumentar su capacidad de control sobre las Fuerzas Armadas al introducir como potestad propia la fijación del contingente de las mismas (Art. 90), pese a lo cual, poco pudo ser llevado a cabo, pues esta Constitución tuvo una vigencia de apenas 20 meses, pues en 1858 un golpe de estado produce un nuevo de gobierno, y a partir de ese momento instaura una fatídica tradición: por cambio de gobierno, cambio de constitución. Aunque tal como señala Brewer³⁶ la gran mayoría de los textos constitucionales fueron en realidad reformas parciales, pues al no existir la figura de la enmienda daban pie para que el texto apenas cambiado se le llamase como su fuese un texto original. En este caso, la Constitución de 1858 repite las normas anteriores, menos, justamente, la de fijación del contingente por el poder legislativo.

³⁶ Brewer-Carías, A. Op. cit., pág. 13.

D. HACIA LA INSTAURACIÓN DE UN EJÉRCITO REGULAR.

1. Código Militar de los EE.UU. de Venezuela de 1873.

Dictado por el General GUZMÁN BLANCO, en su calidad de Presidente Provisional de la República y Comandante en Jefe de los Ejércitos Nacionales, fue firmado por el Ejecutivo el 20 de Febrero de 1873, pero no entró en vigencia hasta el 27 de Abril del mismo año. Este instrumento es de singular importancia por ser realmente el primer intento de compendio normativo castrense realizado hasta la fecha en nuestro país, reglando todo lo relativo a la composición del Ejército, constituyéndose, de acuerdo con el modelo de la época en un verdadero vademécum del derecho militar, pues reglaba desde el número de grados y las condiciones para el ascenso, que estaba sujeto únicamente a la antigüedad, hasta el establecimiento de los Tribunales Militares, así como los delitos y la penas militares. Es decir, en este código se trataron de una vez y exhaustivamente todas aquellas materias que por largo tiempo, y hasta ese año, estuvieron sujetas a la legislación española.

Cabe señalar que en materia disciplinaria, en este Código se denominan “penas correccionales” las relativas a las faltas, y en el primer artículo dedicadas a las mismas, el 1.340, se les calificada de la siguiente manera: “La pena de arresto por faltas a la disciplina es correccional y se sufrirá en las cuadras, cuerpos de guardia, sala de banderas, oficinas militares y alojamiento de los oficiales según se previene en el título que trata de las obligaciones de cada empleo”. A esta vaga idea de lo que eran las faltas se añade un artículo, el 1348, donde bajo el título de faltas leves se hace una pequeña enumeración de lo que el legislador consideraba como tales, pero haciendo la observación de que si el superior considerase que la falta es de una entidad mayor, no le corresponde castigarla y debe pasar el caso a la jurisdicción militar.

El término del arresto, único castigo previsto, era de hasta 60 días, límite de los castigos que podía imponer un General (Art. 663 y 666), pues ya desde entonces la capacidad para imponer sanciones se hizo depender del grado del sujeto sancionador. Igualmente, el grado del que

sufría la sanción hacía que variase el castigo por la misma falta, variando esto notablemente en cada caso, y así tenemos que por desobediencia, un Coronel podía arrestar a los “Jefes” a su cargo hasta por tres días mientras que la tropa podía serlo por treinta (Art. 663). Por otra parte, el legislador, seguramente considerando las condiciones de las fuerzas militares de la época prescribe en el artículo 1342, último de la sección correspondiente, como gesto, sin duda, de humanidad que a los sancionados por medidas correccionales, lo mismo que a los presos no podrá negárseles “hacer diariamente el ejercicio en las horas en que lo haga la tropa, ni se le negarán dos horas de sol al día en caso de que no haya ejercicio”, por lo que queda patente que el trato y castigo en tanto para las faltas como para los delitos era prácticamente el mismo, con la salvedad de que en el caso de los arrestos disciplinarios, como señalamos, no podían superar los 60 días.

Como señalamos, la prerrogativa de corrección era totalmente discrecional en su apreciación y calificación, así como en la imposición de la sanción a aplicar, con la sola limitación del elemento temporal a que hemos hecho referencia. Pese a ello, el artículo 1.145 excluía de la competencia del superior jerárquico, lo relativo al castigo de las faltas graves, que, junto con los delitos, debían ser conocidos por las jurisdicción militar exclusivamente.

Cabe señalar, como comentario, que el estado de falta de profesionalidad de este “ejército” que se pretende regular a través de este extenso código, queda reflejado en el artículo 779, que indica que “será prueba de corto espíritu o ineptitud en el mando” el que el oficial al mando aluda como excusa que “no alcanzó á contener a la tropa a su orden, ó que el solo no pudo sujetar a tantos”, muestra fehaciente de la cercanías de estas tropas a la denominada montonera más que una fuerza verdaderamente disciplinada y entrenada³⁷.

2. Código Militar de los EE.UU. de Venezuela de 1882.

Ya con el título de “Ilustre Americano”, el General GUZMÁN BLANCO, dicta un nuevo Código Militar, en el cual se da una mayor atención a lo concerniente a las faltas, pues aunque mantiene el término máximo de los castigos de la legislación anterior, en su artículo 1.497 se

³⁷ “Entre 1830 y 1903, durante 74 años, las montoneras hollan el suelo que unas décadas antes habían pisado las cabalgaduras del ejército bolivariano”. Suárez, S.. Op. cit. p. 8.

quiso precisar el concepto de falta: “Se llaman faltas militares las omisiones menos graves, cometidas en el cuidado y exactitud que debe ponerse en todo acto del servicio, bien sea provenientes dichas omisiones de ignorancia, impericia, precipitación o negligencia”. La conceptualización citada, acerca las faltas a las infracciones culposas, pretendiendo hacer con ello diferencia de los delitos por vía de la estimación y valoración de la acción. Sin embargo, este criterio de valoración, no es aplicado en el propio Código al señalarse en el artículo 1.500, que se responderá por las faltas “habiendo o no voluntad para cometerlos”, por lo que creemos comprender que lo que el legislador quiso decir cuando indicó lo referido al elemento culposos, es que a pesar de que ese elemento existiera, la existencia de la falta, y su consecuente corrección, quedaba manifestada. A ello se agrega la entera inexistencia, ya sea de atenuantes o agravantes que permitan una apreciación contextual de la falta, con lo que se establecen requisitos muy amplios para la aplicación de sanciones, pues la sola existencia de una situación determinada como tal, debía dar pie al castigo correspondiente..

Debe resaltarse igualmente, que se agrega en este Código la pena de multa a la ya tradicional del arresto, prohibiéndose expresamente la aplicación de tormento o cualquier otra penal cruel (art. 1.498). A tal hecho se aúna la obligación de utilizar a los presos en el servicio de limpieza de los sanitarios de la época, de la calle y de los “lugares secretos”, dos veces al día, por lo menos (art. 1.577), manteniéndose en consecuencia, un tratamiento penal para lo que se denominaba todavía “penas correccionales”.

3. Código Militar de 1904.

En su afán por modernizar el Ejército venezolano, una de las primeras ejecutorias del General CIPRIANO CASTRO, luego del establecimiento de la Academia Militar en 1903, con el que se dio inicio a la organización de las Fuerzas Armadas como institución orgánica del Estado venezolano, fue la puesta en vigencia el 18 de Abril de 1904, del Código Militar, instrumento que, siguiendo el ejemplo de los anteriores, quiso normar sobre casi todos los aspectos de la vida militar. Esta modernización a la que hacemos referencia, debía hacerse, sin embargo, de acuerdo con la idea que CASTRO tenía de un Ejército, pues nos encontramos que cuando se habla de la subordinación, determina este Código, en su

artículo 97, sin precedente en los Códigos anteriores, en el que se decía que “no hay en el Ejército obediencia debida, sino obediencia ciega y subordinación absoluta”, afirmación a la que cualquier comentario se hace innecesario. En el mismo orden de ideas, tenemos que a partir de esta Ley nos encontramos con una norma que tendrá presencia constante en las legislaciones posteriores al señalar que “Para las órdenes abusivas queda al inferior, después de obedecer, el recurso de queja ante el inmediato superior de aquél que dio la orden”, estableciéndose de este modo las reglas bajo las cuales se conformarían la disciplina del Ejército venezolano hasta nuestros días, y que a nuestro entender permiten señalar la existencia de la obediencia debida como eximente de actuaciones delictivas o ilícitas por parte del ejecutor de la orden, pues de acuerdo con los términos del artículo descrito, que actualmente rige con la misma redacción, no existe posibilidad de evaluación por parte del subordinado, lo que haría al superior completamente responsable de las consecuencias de su orden, pero por otro lado, elimina la obligación que tiene todo ciudadano de evitar actuaciones delictivas o ilegales si ello está a su alcance, sino que además hace que ese ciudadano tenga el deber de realizarlas.

Respecto al término de los castigos, tenemos que el lapso máximo de los mismos, siguiendo las pautas anteriores, era el que podía imponer el Comandante General del Ejército, el cual tenía un máximo 2 meses (art. 502), eliminándose la figura de las multas. Dentro de este comentario no podemos dejar de mencionar el Código de la Marina de Guerra sancionado en la misma fecha que el que estamos comentado, pues a pesar de su coetaneidad con el Código del Ejército, éste sí establecía un Título especial para las faltas, el IV, destinado a enumerarlas y a establecer los topes máximos de tiempo de castigo que, por supuesto, también era el arresto.

4. Código Militar de los EE.UU. de Venezuela de 1923.

Es con el gobierno del General Gómez con el se fortalece el proceso de profesionalización de la institución castrense, pues en 1910 inauguró la sede actual de la Academia Militar, trayendo para mejorar la instrucción oficiales chilenos que le servirán para formar los nuevos cuadros del ejército e importando nuevo material bélico, destinando para el Ministerio de Guerra y

Marina el 21,12 por ciento del presupuesto nacional. Asimismo, en 1920 incorpora una nueva rama a las Fuerzas Armadas con la creación de la Aviación³⁸.

Dentro de este conjunto de medidas se formula un nuevo Código Militar en 1923, el cual, en materia disciplinaria trae dos innovaciones en su artículo 425, ya que se introducen las figuras de la amonestación y el apercibimiento, y remite a “los Reglamentos de Castigos Disciplinarios” su respectiva forma de ejecución así como la tipificación de los mismos, abriendo el camino para lo que sería la regla respecto de los castigos disciplinarios, otorgando al Ejecutivo tanto el establecimiento de las faltas como su aplicación.

5. Código Militar de los EE.UU. de Venezuela de 1930.

Este Código fue sancionado el 21 de Julio de 1930, fue el último con aspiraciones de normar todo lo relativo a las Fuerzas Armadas, y presenta figuras de gran importancia, como la establecida en su artículo 325, que señala que es falta “toda acción u omisión que la Ley tenga declarada con anterioridad sujeta a una pena no mayor de un mes de arresto”. Consagra en consecuencia, respecto de las faltas, el principio de la reserva legal para su determinación, sin embargo, esta disposición queda burlada cuando se lee en el artículo 452 que:

Todo militar que viole las disposiciones reglamentarias militares referentes a organización, funcionamiento y disciplina del Ejército será penado con arresto de uno a treinta días, si por esa violación no ha incurrido en ninguno de los supuestos de los delitos determinados por este Código.

Con este artículo se permite una calificación bastante amplia para determinar las faltas, pues quedaba a la libre apreciación del sancionante el encuadramiento de la conducta del subalterno, dentro de los supuestos transcritos. Además de ello, en el artículo siguiente, se delega en los Reglamentos Militares el establecimiento de "la pena de arresto aplicable a los que incurran en cada falta determinada y el procedimiento para su ejecución" (Art. 453),

³⁸ Salcedo Bastardo, J. Op. cit. p. 571 y 572 .

ratificando la preponderancia del poder ejecutivo sobre el poder legislativo en materia de penas restrictivas de la libertad personal.

Igualmente, debe observarse que el tratamiento penal de las faltas, que viene desde el Código de 1873, se mantiene en este al hacer una equiparación entre delito y faltas, en cuanto a su naturaleza, al decir en el artículo 326 que “son punibles, además del delito consumado y de la falta consumada, el delito frustrado y la tentativa de delito, y la falta frustrada” dejando de utilizar el término “correcciones” a las sanciones que resultaban de las faltas.

6. Código Militar y Naval de 1933.

En este marco normativo existe un verdadero salto cualitativo respecto a su antecesor, pues si bien en aquel se ha mención de la reserva legal en materia de penas restrictivas de la libertad personal aunque como un gesto simbólico, en este Código nos encontramos con que ya no se necesita siquiera la habilitación legal que se hizo en el anterior, sino que se delega todo lo relativo a las faltas al Reglamento de Castigos Disciplinarios (Art. 19), con la única limitante al reglamentista de que en los casos de arrestos, estos no podían sobrepasar los 90 días, aumentando en vez de disminuir el término, cosa por lo demás extraña en un ejército un poco más profesional que el de 1873, en el que el castigo máximo era de 60 días, y a pesar de que la ley inmediata anterior sólo prescribía un límite de 30 días.

7. Código de Justicia Militar de 1938.

A partir de este texto, se empieza con la especialización de los textos normativos relativos a las Fuerzas Armadas, siendo este Código de Justicia Militar un verdadero Código Penal Militar, donde quedó regulado tanto lo sustantivo como lo adjetivo de esta materia, salvo el caso de las faltas, a las que el artículo 385 remite al reglamentista en los siguientes términos:

Falta militar es toda acción u omisión sujeta a una pena no mayor de noventa días de arresto.

Las faltas militares serán enumeradas y castigadas en el Reglamento de Castigos Disciplinarios.

Los términos del legislador de 1938 dejan pocas dudas acerca de la amplísima delegación dada para regular lo relativo a las faltas, a las que dedica este único artículo, pues salvo en lo que concierne al término máximo del arresto, nos encontramos con una delegación absoluta de la materia.

En complemento de lo anterior, debemos añadir que desde el 21 de Julio 1933 regía la Ley Orgánica del Ejército y de la Armada, la cual estableció en su artículo 510 que los reglamentos militares y navales “se pondrán en vigencia por resolución del Ministro de Guerra y Marina”, además de que su elaboración estaría a cargo de la Comisión de Reglamentos Militares y Navales (Art. 509)

8. Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6.

Este reglamento, a pesar de las reiteradas delegaciones de los Códigos militares a partir de 1923, no fue dictado hasta el 31 de Enero de 1949, por el Estado Mayor General del Ministerio de Defensa Nacional. Las razones del por qué este reglamento, en desarrollo de lo previsto en el Código de Justicia Militar y contentivo de medidas restrictivas de derechos fundamentales no fue dictada por el Presidente de la República en conjunción con el Ministro del ramo respectivo, sino directamente por el Ministro de la Defensa, obedecen a que desde el 21 de Julio 1933 regía la Ley Orgánica del Ejército y de la Armada, la cual estableció en su artículo 510 que los reglamentos militares y navales “se pondrán en vigencia por resolución del Ministro de Guerra y Marina”, además de que su elaboración estaría a cargo de la Comisión de Reglamentos Militares y Navales (Art. 509). A ello debe agregarse que para la fecha el gobierno era detentado por una Junta Militar de la que formaba parte el Ministro de la Defensa Nacional, por lo que el mismo participaba de la Jefatura del Estado. El hecho de que finalmente fuese realizado por el Estado Mayor General, obedece a que para 1949, la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas en su artículo 75 establecía que todos los proyectos reglamentos militares, lo cual a pesar de no darle atribuciones suficientes para dictar los mismos fue la base de la misma, lo cual debe entenderse en el marco de una aglomeración

de facultades en el Estado Mayor a la que BREWER califica de “excesiva concentración de poder militar”³⁹.

Ya que trataremos *in extenso* todo lo que tenga que ver a la materia disciplinaria que está regulado por este reglamento, sólo diremos por ahora que consta de ocho capítulos, algunos parcialmente derogados por la Ley Orgánica de la Fuerza Armada (LOFAN).

9. La Constitución de 1864 hasta la de 1914.

Aunque con mayor vigencia formal que su predecesora, el texto de 1858 en realidad tuvo escasa aplicación, pues siendo sancionada en Diciembre de ese año, fue seguida de la llamada Guerra Federal al año siguiente, conflicto largo y devastador que duró hasta el año 1863, en el que el estado de excepción constituyó la normalidad ciudadana. Si a tal circunstancia agregamos que el bando perdedor fue el que promulgó el texto de 1858, ya podremos concluir en que una nueva norma fundamental se haría esta vez. Ello ocurrió en 1864, y a pesar de la enorme cantidad de Constituciones que la sucedieron, en el caso de la normativa castrense, tuvo relativo éxito, pues se sentó la redacción que sirvió de base, casi inalterada, para las siguientes, al punto que tales enunciados permanecieron durante 45 años en nuestras normas fundamentales.

Los mencionados artículos reflejan la nueva configuración que se estableció para la República (aunque fallidamente), a través del sistema federal, lo que puede observarse en la obligación establecida en el artículo 94 de que cada estado o provincia sería responsable de dar parte del contingente de “la Fuerza a cargo de la Unión”. Por otro lado, se modifica lo relativo a la obediencia y a la no deliberación, entrelazándolo ahora con la idea de que también es “pasiva”, tratando de señalar la inexistencia en la misma de cualquier tipo de iniciativa que no fuera de la autoridad legítima.

El temor al uso de las Fuerzas Armadas como medio de rebelión, se manifiesta, ya formalmente, en la última parte del citado artículo, pues no estando el país en guerra en ese

³⁹ Brewer Carías, A. (1982). **Instituciones Políticas y Constitucionales**. Tomo I. San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira. p. 474.

momento, difícilmente podría pensarse en otra posibilidad cuando se condicionan los auxilios a la fuerza armada al consentimiento por parte de las autoridades civiles, cuestión que tiene sentido si tomamos en cuenta que muchas rebeliones de aquel siglo y de este, tienen su origen en el propio seno de la fuerza armada⁴⁰.

Como señalamos anteriormente, los términos empleados en esta Constitución se repiten, con mínimos cambios, en las de 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904 y 1909; ya que hasta la Constitución de 1914 se elimina el artículo relativo a la obligación de que cada estado o provincia de la Unión debía contribuir con soldados al Ejército, en demostración clara de que la fachada federal (vigente hasta el presente) no era necesaria en el caso de las Fuerzas Armadas. Por último, cabe señalar, que a diferencia de las Constituciones anteriores, las que corresponden al período 1914 a 1931, lapso en el que se dictaron 6 textos constitucionales, no corresponden a cambios de régimen, sino a la simple idea de satisfacer necesidades del gobierno del General Juan Vicente Gómez, quien dirigió el país de 1908 a 1935⁴¹.

10. Constituciones desde 1922 hasta 1945.

Los 3 artículos sobrevivientes de la reducción hecha en la Constitución de 1914, es decir, los referidos a la división de las Fuerzas Armadas, la prohibición de poseer al mismo tiempo la autoridad civil y la militar, y la declaración de no deliberación, pasividad y obediencia de la institución, se mantuvieron durante las Constituciones de 1922 y 1925, agregándose en esta última la figura del Presidente de la República como excepción a la prohibición detentar al mismo tiempo la autoridad civil con la militar. Esto continuará en los textos de 1928, 1929 y 1931.

Como puede verse, durante todo el período gomecista, la normativa castrense sufre mínimas modificaciones, a pesar de la caprichosa “edición” de nuevos textos fundamentales. Normativa que incluso continúa a pesar de que a escasos seis meses de la muerte del dictador en 1936 se dictó un nuevo Código Fundamental que no varió para nada los términos destinados a las Fuerzas Armadas. En todo caso, debe hacerse la observación que la muerte del General

⁴⁰ Suárez, S. Op. cit., pág. 8.

⁴¹ Salcedo, J. Op. cit., pág. 456.

Gómez, si bien liberalizó un poco el sistema de gobierno, no constituyó un verdadero cambio de régimen, pues el sucesor del mismo, General Eleazar López Contreras, salió elegido de acuerdo con los postulados del propio gobierno gomecista al que le debía su posición⁴², por lo que los cambios no se dieron, en materia militar, con la única excepción de la creación de la última rama castrense, las Fuerzas Armadas de Cooperación o Guardia Nacional. En iguales términos discurrió el gobierno del General Medina Angarita, bajo cuyo gobierno se sancionó el texto de 1945, que continuó con los mismos términos existentes desde la Constitución de 1925.

11. Constituciones de 1947 y 1953.

A raíz del derrocamiento del régimen del General Isaías Medina Angarita en el año 1945, y el establecimiento de un nuevo gobierno que convocó a una Asamblea Constituyente, se promulgó la Constitución de 1947, con la que se intentó, de nuevo y más allá de la declaración formal, el apartamiento total de los militares de la actividad política, intento que puede verse en la preocupación del constituyente al tratar con detalle, quizás excesivo, lo relativo a las Fuerzas Armadas, lo cual se aprecia en las normas que al efecto dictaron en el Capítulo III “De la Fuerzas Armadas”.

Este gran número de normas fundamentales es verdaderamente único en materia de regulación de la institución militar, pues ni antes ni después trató de regularse con tanta extensión y detalle el tema como en ese momento, lo cual nos da una idea clara de que el constituyente del 47 tuvo la perspectiva histórica suficiente como para sopesar la importancia que las Fuerzas Armadas habían tenido hasta ese momento, y valorarla constitucionalmente, de modo que al darle mayor regulación en el ámbito constitucional, trataba de hacerla partícipe del movimiento democratizador que dio origen al nuevo régimen, pues por fin quiso admitir la realidad de la presencia militar en la historia de los gobiernos venezolanos.

⁴² Siso, J. (1976). **Historia de Venezuela**. Barcelona: Unidas. Pág. 662.

En esta norma fundamental se muestra el cambio radical del momento respecto a la institución armada y trata de equilibrar las nuevas limitaciones impuestas a ésta con una mayor jerarquía dentro del ámbito de la citada norma.

La idea del caudillo, que tan presente estuvo en el siglo pasado, es combatida en este capítulo al indicarse en el artículo 95 que las Fuerzas Armadas deben responder siempre al concepto de “institución impersonal al servicio exclusivo de la Nación”, aunque debe decirse que la redacción del artículo citado no fue feliz del todo, en tanto que al señalarse que debían respaldar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, quedaba implícita la prohibición de actuar conforme a lealtades personales, pero justamente el saldo histórico a que hacíamos referencia anteriormente obligaban en ese momento a tal reiteración. Lo mismo puede decirse con el marcado cambio en la determinación de la Jefatura de las Fuerzas, dando énfasis a la figura presidencial, que en lo adelante se prefigura como únicamente civil, al estar verdaderamente excluidos de los puestos políticos y de la posibilidad de ejercer el sufragio (Art. 99), pues no sólo le se le señala como “la suprema autoridad jerárquica”, sino que además se la hace cabeza del denominado Consejo Supremo de Defensa, aunque queda un poco confusa la cadena de mando, pues en el artículo 99, se dice que el Presidente comandará las Fuerzas “a través de los Despachos Ejecutivos y de los funcionarios que la ley señale”, pero al mismo tiempo, la Constitución no esperó al legislador e indica que el ya citado Consejo será “el máximo organismo de dirección”, por lo que no queda claro si el Presidente debía ejercer su potestad a través de este organismo o individualmente por medio del Ministerio de Defensa Nacional como se denominaba entonces al actual Ministerio de Defensa.

Cabe mencionar, igualmente, lo dicho respecto al carácter “esencialmente profesional” de la institución, pues justamente, de esa profesionalización salió el régimen que dio luz a esta norma fundamental, pues mucho tuvo que ver el roce existente entre los Oficiales salidos de las Escuela Militares conformes a los cánones modernos de educación castrense, y los viejos Oficiales que debían sus grados y condecoraciones a la lealtad al Jefe y a sus combates en las revoluciones y guerras civiles (no vano los dos miembros militares de la Junta

Revolucionaria de Gobierno apenas tenían el grado de Mayor uno y el otro de Capitán⁴³). Por ello, esta acepción, más que la mera descripción de un hecho histórica, nos señala la aparición en la historia de Venezuela de una institución moderna y puesta al día, al punto que este movimiento de jóvenes oficiales, en su fase inicial, entregó el poder a civiles elegidos democráticamente, lo que sin duda marca un hito claro con respecto al pasado inmediato⁴⁴.

Por otro lado, el que el sistema democrático estuviera dando sus primeros pasos, con una inexistencia de total conocimientos de cómo aplicarlos a la realidad venezolana, queda patente en la redacción de las funciones de la institución, pues a pesar de que se señala claramente el carácter apolítico de la institución, fue sin duda un poco temerario el encargar a las Fuerzas Armadas de la estabilidad interna, sin agregar el mecanismo específico por el cual cumplirían este objetivo, pues de lo contrario quedaría sujeto a valoración. Obviamente, no fue por esta razón por lo que el experimento democratizador fracasó, pero evidencia de alguna manera la necesidad que aún se tenía de madurar respecto a la posición de las Fuerzas dentro de un verdadero estado de derecho y de participación política.

Pese a lo dicho, poca será la aplicación de esta Constitución, que en menos de un año verá un golpe de estado que la dejará sin efecto (de acuerdo con el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio de los Estados Unidos de Venezuela del 24 de Noviembre de 1948 que así lo estableció)⁴⁵, no siendo sustituida hasta el año 1953, cuando el régimen militar imperante promueve una nueva constitución donde el Capítulo III de la anterior quedó reducida a 3 artículos, en los que el cambio fundamental nace justamente de la eliminación de los dos únicos conceptos inalterables en todas las Constituciones anteriores: el carácter de obediente y no deliberante. Se trata pues, de institucionalizar la injerencia del poder militar y hacerlo parte del texto constitucional para legitimar de este modo las décadas de intromisión en los poderes públicos.

⁴³Morón, G. Op. cit., pág 483.

⁴⁴Siso, J. Op. cit., pág. 667.

⁴⁵Brewer-Carías, A. Op. cit., p. 47.

12. Constitución de 1961.

Toda esta descripción de nuestra la evolución constitucional venezolana en la referente a la materia militar, continúa con la sanción de la Constitución de 1961 que encontramos en el Título IV, Capítulo Primero.

Se aprecia una opción minimalista por parte del constituyente de 1961 en cuanto al tratamiento de la institución castrense, pues aunque se repusieron las ideas de obediencia y de no deliberar y se mantuvo la línea de establecer la misión de las Fuerzas Armadas dentro de los supuestos de 1947, pero cambiando la “estabilidad interna” mencionada en el texto de ese año, por una concepción más precisa “la estabilidad de las instituciones democráticas” y se jerarquizó el respeto a la Constitución y a las leyes “por encima de cualquier otra obligación”. Se eliminaron los artículos 92, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 103 y 104 de la Constitución de 1947 “por no ser materia de carácter constitucional”⁴⁶. Igualmente, cabe señalar que la discusión del artículo 132 sólo recibió una moción de reforma, por parte del Diputado Jóvito Villalba, quien sugirió eliminar de la redacción original del proyecto la expresión “esencialmente profesional” al referirse a la naturaleza de la Fuerza, así como la oración que indicaba que “Las funciones atribuidas a las Fuerzas Armadas Nacionales responderán a la dignificación institucional de sus integrantes”, y cambiando ligeramente el resto de la redacción, se propuso el texto vigente que se aprobó de forma unánime⁴⁷.

Al final del texto del artículo 132 nos encontramos con la novedad de que se agrupa a la noción de no estar al servicio de persona alguna, el imperativo de que tampoco lo estará al de “parcialidad política”, destacando la visión del Constituyente al darse cuenta que los partidos políticos emergían en el escenario nacional, pudiendo tener una influencia en las Fuerzas Armadas que debía ser evitada. Vemos pues, como la experiencia anterior a esta Constitución sirvió, aunque con menos extensión normativa, a hacer más apropiada la situación constitucional de las Fuerzas Armadas, pues a diferencia del resto de los textos anteriores, se establece claramente que por encima de cualquier otro deber, el respeto a la norma

⁴⁶Venezuela, Congreso de la República (1971). **La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de la República** (Vol. 1). Caracas: Ediciones del Congreso. pág. 159.

⁴⁷Ibid. pág. 159.

fundamental ha de ser la guía del militar, lo que en un estado de derecho es ciertamente un alivio.

13. Constitución de 1.999.

La evolución constitucional tiene un giro importante respecto de la institución castrense con la entrada en vigencia del texto que actualmente rige al Estado venezolano. Así, los cambios respecto del texto anterior, se inician con un cambio en la denominación de la institución, ya que se retoma la denominación dada por la Constitución de 1830 y utilizada a lo largo del siglo XIX, de fuerza armada, denominación en singular, aunque al no tener las discusiones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, no se puede afirmar si el cambio en la denominación responde a una razón histórica o de otra índole. De este modo el Capítulo III del Título VII de la Constitución se denomina “De la Fuerza Armada Nacional”, y a partir del artículo 328 hasta el artículo 331, tomando la sistemática de la Constitución de 1947, es decir, la dedicación de un articulado sobre la institución armada a diferencia del texto de 1961, se destina a la determinación de los elementos constitutivos de la Fuerza Armada, su misión y caracteres principales.

De este modo, el artículo 328 inicia el tratamiento constitucional señalando que la Fuerza Armada Nacional “constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política”, eliminándose la determinación tomada en la abrumadora mayoría de las constituciones venezolana, originada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de que la institución armada fuese no deliberante. Quizá podría argüirse que con la expresión “sin militancia política” la posibilidad de deliberar queda severamente limitada, pero ello no es así, por cuanto la política partidista es sólo una especie dentro del género político, y por lo tanto podría deliberar no sólo sobre otros temas políticos, sino además sobre cualquier otro de interés nacional que se considere en determinado momento.

Como misión de la institución, se establecen el “garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la

cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional”.

Con lo anterior, es posible distinguir 3 tipos de misiones, el primero sería meramente relacionado a lo espacial, pues aunque se alude a la independencia y soberanía, se le vincula al territorio, es decir, al mantenimiento del espacio de la República, pues se aclara que ello se realizaría, para que no quede a la libre interpretación, “mediante la defensa militar”, no quedando, aparentemente, la posibilidad de intervención militar para garantizar la soberanía de la Nación por otras razones (téngase en cuenta que la expresión soberanía podría interpretarse en diferentes ámbitos, vgr.: el electoral) . El segundo tipo de misión sería el de colaboración en el orden interno, y por la misma redacción del texto, puede entenderse que no es una misión de carácter principal sino secundario, por cuanto se colige que la Fuerza Armada concurrirá, y por ello “colaborará”, luego de que la instituciones encargadas inicialmente de esta materia pidan auxilio de la misma. Por último, tenemos un tercer tipo de misión, de carácter novedoso en nuestra evolución constitucional, como lo es “la participación activa en el desarrollo nacional”, pues en su origen, la fuerza armada tuvo fundamentalmente en un fin bélico, de intervención en conflictos armados, por lo que la inclusión de la Fuerza Armada en tareas de desarrollo, si bien ya se había verificado con anterioridad⁴⁸, no se había elevado a la categoría de misión de la institución como ahora ocurre. Esto último ha sido instrumentalizado en la novísima Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, que en su artículo 4 afirma que dicha colaboración al desarrollo nacional estará vinculada a:

“sus ámbitos geográfico, político, económico, social, ambiental, cultural y militar. Actuación condicionada por la situación político-geoestratégica y el estado de la ciencia y la tecnología militar en la coyuntura. El modo de actuar será definido mediante el concepto estratégico de la Nación, presentado a la Asamblea Nacional al inicio de cada período constitucional, su organización y el costo estimado para su aplicación, según se establece en la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación”

⁴⁸ Baste recordar que la carretera Tumeremo-Santa Elena de Uairén fue construida por soldados del ejército venezolano, e incluso, las numerosas actividades de salud o acciones cívico-militares llevadas a cabo en diversas comunidades por los ahora llamados componentes de la institución.

Queda entonces, de acuerdo con el texto citado, condicionada dicha colaboración en el desarrollo nacional, en los ámbitos mencionados, a muy diversos elementos, como la situación del momento, el estado de la ciencia y la coyuntura, y finalmente, se estima necesario que esté previamente establecida en una presentación ante la Asamblea Nacional en cada período constitucional. Habiendo revisado la página web de dicha Asamblea, no consta la presentación de este plan de colaboración en el desarrollo nacional por parte del estamento armado, por lo que quedan por definir todavía los elementos que harán la concreción de la colaboración mencionada, por lo que lo observado hasta el día de hoy, en materia de colaboración con planes o acciones particulares, no necesariamente puede corresponder a lo que finalmente se defina en el plan indicado *supra*.

Una vez establecidos por el texto constitucional la naturaleza y misiones de la institución armada, pasa el citado artículo 328 a indicar los condicionantes en los que ha de cumplir dichas misiones, siendo el primero de ellos, el que la fuerza armada servirá exclusivamente a la Nación y no a persona o parcialidad política alguna. Esto sí es una reiteración de textos constitucionales anteriores, y parece evidenciar la necesidad institucional de neutralidad dentro de las diferentes opciones políticas, e incluso, un distanciamiento a los viejos principios caudillescos que tanto marcaron nuestro agitado siglo XIX.

Sigue el texto constitucional indicando que los elementos que sustentan la institución son 3, a saber: la disciplina, la obediencia y la subordinación. Esta idea viene del artículo 3 del Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, en el que se dice lo siguiente:

“Si la obediencia a lo prescrito en las Leyes y los Reglamentos, y si la subordinación al superior en grado y empleo son imprescindibles, también lo será la disciplina que es la práctica de los deberes militares en todo momento y circunstancias, aún estando alejado el subalterno de la presencia del superior”

A pesar de la casi épica redacción del artículo 3 no consideramos que dicha distinción entre disciplina, obediencia y subordinación sea tal, por cuanto, tal y como lo señala el texto citado, la disciplina es el cumplimiento de los deberes, y es precisamente esto lo que hace que los demás elementos mencionados se sujeten a éste, pues tanto la obediencia, de la que la subordinación no es más que su lógica consecuencia. Es decir, la obediencia es un deber

militar, y por lo mismo, su cumplimiento se hace en razón de la disciplina, es su consecuencia y por lo mismo se encuentra en un nivel inferior respecto de ésta, pudiendo concluirse entonces que en realidad el pilar de la institución es uno solo: la disciplina.

Por último, termina el artículo 328 señalando los componentes de la institución, indicando lo que existían previamente (Ejército, Armada, Aviación y Guardia Nacional), estableciendo que funcionarán de “manera integral”, reforzándose de esta manera el concepto de cohesión que aparentemente se pretende con la utilización de la expresión Fuerza Armada en contraste con el plural establecido en la Constitución de 1961. Se adiciona, en la parte *in fine* del artículo, la posibilidad que la institución castrense pueda contar con su propio sistema de seguridad social, lo cual según criterio de la Sala Constitucional no es discriminatorio respecto del resto de la sociedad en cuanto se garantice otro sistema de seguridad para el resto de los ciudadanos⁴⁹, y que según nuestro criterio, lo que hizo fue reconocer lo que ya en realidad estaba ocurriendo desde hace muchos años.

Con lo expuesto se describen los principales elementos que se dieron en el tratamiento constitucional de la institución armada, siendo los más trascendentales, en resumen: la eliminación del carácter no deliberante de la Fuerza Armada, la inclusión como misión de su incorporación al desarrollo nacional, el reforzamiento de la idea de la Fuerza Armada como concepto único tanto por la denominación como por la manera de actuar integradamente, y por último, la consagración constitucional de que la institución pueda contar con un sistema de seguridad social propio.

Como elemento adicional, no tanto de la institución sino de sus integrantes, la Constitución vigente incorpora en su artículo 330 el derecho al sufragio de los militares, en su forma activa, sin que puedan ser sujetos de elección ni formar parte de actos de partidista. Esto no consideramos que incida en la naturaleza de la misión, pues el voto de sus miembros no tiene por qué modificar la actuación no partidista de la institución así como su exclusivo servicio a la Nación, pues en el derecho comparado, pueden encontrarse situaciones idénticas (caso de Estados Unidos y de Francia, entre muchos otros) en los que los militares

⁴⁹ Sentencia del 17 de octubre de 2.000, Caso: Luis Alberto Peña, Exp. 00-1408.

tienen el derecho a votar pero ello no incide en la neutralidad partidista (que no política, pues tal cosa no existe) de la Fuerza Armada.

Un último elemento incorporado por la Constitución de 1999, si tiene una especial incidencia en la institución, pues si bien no modifica su naturaleza, sí relaja los controles que sobre ella se tenía, y además, rompe con una tradición constitucional casi bicentenaria, según la cual, los ascensos militares debían ser sometidos a la aprobación del órgano parlamentario. Con la inclusión del artículo 331, esta regla se deroga y se establece que los ascensos militares son competencia exclusiva de la institución, lo cual no parece la mejor solución en la medida en que todo régimen democrático implica un sistema de pesos y contrapesos, de controles mutuos y constantes, por lo que al eliminar uno de los pocos que otros poderes tenía sobre la institución se fortalece el ente anteriormente controlado, en detrimento de la necesidad constante que tiene toda sociedad de que se le rindan cuentas de las actuaciones de los funcionarios que están para servirla.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA Y CARACTERES DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR

A. ESQUEMA GENERAL.

Vista la evolución constitucional de la normativa militar desde la colonia hasta la actualidad, pasaremos a la determinación de los elementos que conforman la estructura del régimen disciplinario militar, utilizando para ello, sus cuatro instrumentos fundamentales: la Constitución, el Código Orgánico de Justicia Militar, la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional (en adelante LOFAN) y el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 (en adelante RCD). Sin embargo, debemos hacer la necesaria acotación que tanto el Código Orgánico de Justicia Militar como la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, nos servirán más como elementos referenciales, pues ambos enunciados normativos remiten lo disciplinario al Reglamento ya mencionado.

A los efectos de contextualizar la situación normativa actual, debemos destacar que hasta 1904, como hemos visto, hubo un intento constante por parte del Estado venezolano de regular lo relativo a la disciplina militar, no sólo dentro del marco de una estructura legal formal, sino además, agregando más detalle a la descripción de las conductas a ser castigadas como a las sanciones, tratando de dejar de lado las normas en blanco. Sin embargo, a partir de 1923, se empieza el proceso de delegar lo disciplinario al ámbito reglamentario, cambio éste que pretendió cumplir con el principio de la legalidad en materia de sanciones restrictivas de la libertad personal al señalar escuetamente el Código de 1930 lo que era una falta y el límite a su sanción. Sin embargo, lo que no resulta congruente con el desarrollo legal llevado hasta ese momento, es que a partir del Código de 1933 se obvie cumplir con la descripción de falta del año 30 y además se aumente el número de días en arresto a 90 días, contra todo lo que señalaban los textos anteriores. Es a estos últimos cambios y no al resto de la evolución legislativa, a lo que la normativa de 1938 dio importancia, como veremos de seguidas.

B. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR, HISTORIA DE UNA DESLEGALIZACIÓN.

La Constitución de 1999 establece en el numeral 6 del artículo 49 que “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Esta norma es similar a su correlativa en la Constitución de 1961, pues si bien el espíritu es el mismo, en el sentido de someter al principio de reserva legal lo vinculado a delitos, faltas e infracciones, lo amplía enormemente al someter al principio antes mencionado cualquier tipo de sanción, a diferencia del texto anterior, donde dicha sujeción era sólo para las sanciones privativas de libertad, constituyendo esto, inobjetablemente, un avance significativo en las garantías ciudadanas, sobre todo en una sociedad en la que algunos órganos con potestades normativas, sobre todo en instancias administrativas, se pueden ver tentadas a considerar el establecimiento de sanciones con normas de rango sublegal.

Esta reserva específica al legislador en materia de libertad personal, queda igualmente reforzada en el numeral 32 del artículo 156, el cual señala que es competencia del poder nacional “La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales”, y por el numeral 4 del artículo 49, en virtud del cual “Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley”, con lo que se queda determinado expresamente el principio de reserva legal en lo concerniente a libertad personal. Sin embargo, como apuntamos anteriormente, a nivel legislativo, el Código de Justicia Militar (ahora Código Orgánico de Justicia Militar), cuyo origen como se sabe es de 1938⁵⁰, sólo hace referencia al régimen disciplinario militar en dos escuetos señalamientos, el primero lo encontramos en el artículo 383 del Código de Justicia Militar que califica a las infracciones militares como delito o falta, tomando de este modo la clásica distinción de tipos antijurídicos del Derecho Penal General. El segundo señalamiento lo encontramos en el artículo 385 cuando dispone:

⁵⁰ Su última modificación es de 1998 (Gaceta Oficial N° 5263 extraordinaria del 17 de septiembre de 1998), pero la mayor parte del Código es de la fecha indicada (publicado el 17 de julio de 1938). Hay quien señala que no fue éste sino una reforma del de 1933, pero dados los cambios de fondo señalados *supra*, preferimos calificarlo como un nuevo Código.

Falta militar es toda acción u omisión sujeta a una pena no mayor de noventa días de arresto.
Las faltas militares serán enumeradas y castigadas en el Reglamento de Castigos Disciplinarios.

Vemos entonces, como a partir de la determinación del límite máximo para la sanción, única determinación extraíble del citado artículo, se remite el establecimiento del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas al ámbito reglamentario, estableciéndose en consecuencia un proceso de deslegalización del régimen disciplinario en materia militar. Por ello, debemos analizar lo que a tal punto se ha dicho, e iniciaremos el análisis con lo dicho sobre tal particular por García de Enterría⁵¹:

“La técnica deslegalizadora plantea un grave problema en relación con las materias constitucionalmente reservadas a la Ley. Esta reserva de una materia a la Ley se infringiría, evidentemente, si pretendiese cumplirse con un Ley de contenido puramente formal, operante en el ámbito abstracto del rango, Ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia de que se trate a los Reglamentos”.

Consideramos que el establecimiento de apenas un solo elemento por la ley, esto es, el límite máximo de las sanciones, no autoriza a incluir la intervención del reglamento bajo la figura de remisión pues como el mismo García de Enterría señala para que tal postulado se dé es necesario “que la Ley ha de abordar por sí misma, si ha de observar el mandato constitucional, el núcleo esencial de dicha regulación, de modo que la remisión que pueda hacer a un Reglamento no implique abdicación de dicho núcleo”⁵², por lo que lo establecido en el Código de Justicia Militar lo podemos considerar muy alejado de contener el mencionado “núcleo esencial”.

Por otra parte, Baño⁵³ declara abiertamente que “A mayor grado de afectación de la regulación de un derecho fundamental menores posibilidades de remisión de la ley al

⁵¹ García de Enterría, E. y Fernández, T. (1989). **Curso de Derecho Administrativo** (6ª ed. Vol. I). Madrid: Civitas. p. 270.

⁵² Ibid. p. 263.

⁵³ Baño, J. (1991). **Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria**. Remisión normativa y Reglamento independiente en la Constitución de 1978. Madrid: Civitas. p. 104.

Reglamento”. El mismo autor hace referencia a cómo se ha tratado el tema en otros países de Europa, señalando inicialmente que para el Tribunal Constitucional Federal Alemán “No se trata sólo que exista una ley inicial; además, es preciso que el propio Parlamento adopte por sí mismo las normas en todo aquello que sea esencial”⁵⁴; mientras que en el caso francés señala que el Consejo de Estado había establecido *contrario sensu* que el legislativo no puede “dar una delegación en blanco”⁵⁵. De igual manera, Favoreu señala no sólo que el Consejo Constitucional francés ha emitido declaraciones de nulidad por considerar que el legislador, en materia de protección de libertades públicas, “no había llegado al hasta el final de su ámbito competencial”, sino que indica una clara tendencia en la jurisprudencia que penaliza las llamadas “incompetencias negativas”, que consistirían precisamente en el no agotamiento de las competencias que tiene atribuidas⁵⁶.

En el caso italiano, Pace, luego de explicar los distintos niveles en los que disciplina la Constitución la reserva de ley, concluye diciendo:

“...la intervención del Legislador, al menos en la forma de la determinación previa de los principios, de los criterios y de los límites, es indispensable siempre para poder incidir en la esfera jurídica priva. Queda pues, excluida, en eso ámbitos, cualquier interpretación normativa del Gobierno o de otras a autoridades públicas...”⁵⁷

Por último, Baño determina los lineamientos dados por la jurisprudencia constitucional española en materia de reserva de ley, a saber, que la reserva no sea sólo formal, sino que además la ley tenga “mínimo contenido material”; que admitiéndose la colaboración del poder reglamentario, ello no implica que el reglamentista se sitúe, en virtud de la habilitación, “en una situación semejante al legislador”; y que no se admiten las remisiones que supongan una completa deslegalización pues “el Reglamento dentro de la reserva de ley tiene que ser un complemento de la misma”⁵⁸.

⁵⁴ Ibid. p. 56 y ss.

⁵⁵ Ibid. p. 71.

⁵⁶ Favoreu, L. (1991). El Legislador de los derechos fundamentales. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas. pp. 44 y 45.

⁵⁷ Pace, A. (1991). El Legislador de los derechos fundamentales. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas. p. 82.

⁵⁸ Baño, J. (1991). Op cit., pp. 90 y 91.

Por otra parte, agrega que no es admisible considerar además que el Reglamento determine o configure algún límite o restricción que no estuviese previsto en la ley, por lo que circunscribe claramente el papel del reglamento a una necesaria complementariedad y no a una potestad generadora de supuestos jurídicos originarios. A pesar de los muchos autores que tratan en tema en la doctrina española, sólo terminaremos por referirnos a Boquera, quien a pesar de que admite, en lo que es pacífica la doctrina y la jurisprudencia, la intervención del reglamento⁵⁹, afirma rotundamente que “La reserva de materias a la ley por la Constitución impide que las leyes puedan deslegalizarlas”⁶⁰ pues justamente dicha reserva tiene una “especial significación para fijar el campo dentro del cual puede actuar el poder reglamentario de la Administración pública”⁶¹.

Visto lo anterior, podemos afirmar que en las materia reservadas a la ley por la norma constitucional, el papel del reglamento, de acuerdo con las opiniones indicadas, es de complemento, complemento que tendrá una intensidad que no podrá superar las determinaciones básicas que debe establecer el legislador. Además podemos determinar que el elemento común a todo lo anterior, es la obligación positiva del legislador, de establecer un *mínimo minimorum* que habilite una acción posterior y secundaria, por parte del reglamentista. Caso contrario, no se estaría respetando lo que García⁶² considera lo que en realidad es la reserva de ley, un “límite entre dos esferas de poder opuestas y se entiende como norma que interviene en la propiedad”, lo cual reafirma citando a Krebs, al decir que “la reserva de ley (Gesetzesvorbehalt) no es otra cosa que una reserva de intervención (Eingriffsvorbehalt)”⁶³.

Creemos que a este respecto, es aún más claro lo dicho por Martín Retortillo y De Otto, quienes a pesar de tener reservas respecto de este principio en tanto garantía de los

⁵⁹ Boquera, J. (1992). **Derecho Administrativo**. (9ª ed., Vol. I). Madrid: Civitas. p. 203.

⁶⁰ Ibid. p. 212.

⁶¹ Ibid. p. 214.

⁶² García, R. (1988). **Reserva de Ley y potestad reglamentaria**. Madrid: Ariel. p. 162.

⁶³ Ibid. p. 162.

derechos fundamentales⁶⁴, señalan que la reserva de ley no es sólo una necesaria actuación, sino un “límite de límites” debido a que “señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”⁶⁵.

En conclusión, vemos que el lazo común entre los distintos ordenamientos mencionados, independientemente de los matices que cada uno presenta, es la necesaria intervención del legislador, no sólo en cuanto al dictado de una ley formal en materia legal, sino además, con un mínimo dispositivo sustantivo que permita calificar la acción del reglamento como mero complemento.

En el caso de la doctrina venezolana, citaremos a Brewer-Carías, Peña y a Moles. El primero declara no sólo apunta que “sólo la Ley puede establecer las causas que pueden provocar, como sanción, la privación de la libertad de una persona”⁶⁶ sino que además ello va en consonancia con lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada y ratificada por Venezuela, en consecuencia parte de su derecho interno.

Por otra parte, Peña señala que la reserva no sólo una simple prohibición de intervención reglamentaria *ab initio*⁶⁷ sino que además comporta lo siguiente:

“...un aspecto negativo que consiste en la interdicción de las fuentes de rango sublegal (reglamentos) en dichas materias, y un aspecto positivo que se traduce en el deber que le impone la Constitución al Congreso de la República de disciplinar las materias que ella indique, sin que éste pueda eludir el cumplimiento de dicho deber por ninguna razón. En otros términos, el legislador tiene que regular real y efectivamente las materias que le señale el constituyente.”⁶⁸

⁶⁴ Martín-Retortillo, L. y De Otto, I.. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas. 1992. p. 128 y ss.

⁶⁵ Ibid., p. 126.

⁶⁶ Brewer-Carías, A. (1985). **Instituciones Políticas y Constitucionales**. (2ª ed. Tomo IV). San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira. p. 67.

⁶⁷ Peña, J. (1996). **Régimen jurídico de la potestad reglamentaria en Venezuela**. Caracas: UCV. pp. 138 y 139.

⁶⁸ Ibid. p.133.

Por último, Moles, al tratar el tema afirma que “si los derechos afectados (libertades, propiedad) están garantizados por la reserva legal, al atribuir la ley un poder respecto a ellos, debe al mismo tiempo establecer las formalidades con que haya de ejercitarse”, observando además que al establecer la Constitución venezolana que las atribuciones del poder público deben sujetar a la Constitución y a las leyes, deben ser éstas las que determinen el actuar administrativo⁶⁹.

Si bien la doctrina venezolana, escasa lamentablemente en este tema, es afín a la europea en lo que respecta a la reserva de ley, aunque con las matizaciones necesarias respecto a la no existencia en Venezuela de un verdadero estudio de todas las posibilidades de intervención, la definición de “contenido esencial” que debe efectuar la ley, tal y como, por ejemplo, se ha discutido en el derecho alemán.⁷⁰ Pese a ello, el elemento fundamental de intervención efectiva y material del legislador en el tratamiento de los derechos reservados a él, como ha podido apreciarse, no es cuestión de contradicción en la doctrina venezolana.

Cosa distinta ocurre en la jurisprudencia, donde se ha llevado un camino poco coherente en el desarrollo de una opinión jurisprudencial pacífica al respecto. Así tenemos, que en sentencia del 20-10-83, con ponencia del Magistrado Julio Ramírez Borges, la Sala Político-Administrativa de la Corte declaró que:

“...finalmente le está también vedado al Ejecutivo el “establecer condiciones para el ejercicio de los derechos ciudadanos, ni estatuir sobre creación de impuestos, establecimiento de penas, regulación de la vida privada y de la propiedad, ni sobre procedimientos judiciales y demás materias reservadas por la Constitución a la iniciativa del legislador”⁷¹

Sin embargo, posteriormente la misma Sala, en la sentencia del 5-6-86 (caso Difedemer, C.A. vs. República), con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, si bien aceptó que el principio de reserva legal no sólo incumbía a las medidas restrictivas de libertad en el campo penal, sino que también incluían el administrativo, declaró asimismo que la ley podía delegar al poder Ejecutivo “la determinación de penas y sanciones” pues al existir la

⁶⁹ Moles, A. (1974). **El principio de legalidad y sus implicaciones**. Caracas: UCV. p. 19 y ss.

⁷⁰ García, R. Op cit., p. 72 y ss.

⁷¹ Revista de Derecho Público (1983). 16. octubre-diciembre. p. 145 y ss.

remisión legal se cumplía con el precepto constitucional, siguiéndose, lamentablemente, el mismo camino de la normativa disciplinaria castrense, con el agravante de que en dicha sentencia, a diferencia de la doctrina citada, no se estableció la existencia de condicionantes o limitaciones al actuar del reglamentista.

Por otra parte, y dando una nota esperanzadora, la Sala en la sentencia del 10-11-86, bajo la ponencia del Magistrado Luis H. Farías Mata, anuló un reglamento que establecía penas privativas de libertad, pues:

“Siendo un acto de carácter sub-legal -como lo es, en efecto, el acto impugnado-, no constituye instrumento jurídicamente idóneo para la creación de ilícitos y ni para el establecimiento de sanciones consistentes en penas de carácter corporal. Es ésta una materia que corresponde de manera exclusiva y excluyente a la ley...”

Además, la Sala Penal de la Corte se ha pronunciado en parecidos términos, pues afirmó en su sentencia del 17-11-1986 (caso Arturo Torres vs. La República.) que en el caso de los derechos establecidos en el Título III de la Constitución dentro de los cuales está el de la libertad personal, su regulación corresponde a la ley “Siendo estos derechos “materia reservada” a la Ley, corresponde al Reglamento un papel muy reducido en su regulación.”

Con todo, la sentencia que en mayor medida hace una excepción al principio de reserva legal, es, lamentablemente, una de las más reciente, pues la Sala político-administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 14-02-1991 (caso Agustín Antonio Bezara Castro, Daniel Pérez García y Vittorio Catanese Di Giovanni vs. Instituto Nacional de Hipódromos), por medio de la cual se pronunció acerca, entre otras cosas, de la nulidad de las sanciones establecidas por medio de un reglamento, habilitado por un decreto-ley para regular lo relativo a la carreras de caballos. Debe acotarse además, que el mencionado decreto-ley fue realizado por el Ejecutivo en virtud de una ley habilitante para dictar medidas en materia “económica y financiera” de acuerdo al artículo 190, ord 8° de la Constitución de 1961 que así lo permitía. A pesar de todo lo anterior, en ese caso, bajo la ponencia del Magistrado Pedro Alid Zoppi, se señaló lo siguiente:

“Ahora bien, el Reglamento sometido a revisión por ante esta Sala, es obviamente de carácter sub-legal y ello no contraviene el texto del Decreto-Ley que regula y le otorga al Instituto Nacional de Hipódromos de manera expresa la regulación de su objeto. Es pues el caso en el cual el legislador deja en manos de la Administración, y en este caso de un Instituto Autónomo, el establecimiento por vía reglamentaria, de la regulación concreta de una actividad peculiar. (Artículo 13, literales c, g, e, i, del Decreto-Ley N° 675).

Es pues factible que el Reglamento Nacional de Carreras, establezca sanciones administrativas cuando la discrecionalidad de su régimen el propio legislador lo dejó establecido en la Ley que regula el Instituto Nacional de Hipódromos”⁷².

Lo citado anteriormente se justificó bajo la premisa de que las sanciones establecidas en el reglamento objeto del recurso, no estaban dirigidas a regular el proceder de los ciudadanos, sino que estaban destinadas a ser sanciones internas para hacer cumplir las regulaciones de la actividad hípica. Cabe señalar, en todo caso que en la aludida sentencia hubo un voto salvado del Magistrado Román Duque Corredor, por el que se alegó la violación, entre otras cosas, del principio de reserva legal. Pese a lo anterior la SOSA, señala que la doctrina “determinante” dentro de la Corte es la que exige la intervención del legislador en la materia⁷³.

En consecuencia, podemos concluir que a pesar de que la doctrina, tanto venezolana como foránea, es unánime al exigir al legislador una actividad normativa mínima en materia de regulación de derechos a los que está destinada la reserva legal, en primera instancia, al legislador, pese a que en el caso de la jurisprudencia no se han establecido parámetros coherentes que permitan una delineación efectiva del papel del reglamento en las materias excluidas. Por ello, consideramos que el traslado de la normativa disciplinaria militar hecha por el Código de Justicia Militar, con la única guía del límite máximo para las sanciones, no respeta el principio de reserva legal, considerada como intervención determinante de la actuación administrativa posterior.

⁷² Revista de Derecho Público. (1991). 46. enero-marzo. pág. 87 y ss.

⁷³ Sosa, C. (1996). La naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria. **II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Brewer-Carías”**. Caracas: Funeda. pág. 199.

Sin embargo, lo dicho ha sido contrariado por la Sala político-administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por decisión de fecha 27 de marzo de 2001, apartándose de un criterio en el que se establecía la imposibilidad por parte de un reglamento de violar el principio de reserva legal, si bien no en el ámbito militar sino policial (Sentencia del 25 de mayo de 2000, expediente N° 15.365), lo cual, evidentemente, no tenía por qué ser diferente en el estamento castrense, pero quizás, precisamente por eso, la Sala contradijo lo establecido en ese dispositivo, y a pesar de las evidentes y manifiestas contraposiciones entre el Reglamento y la Constitución, tomó por el Reglamento, fundada en las siguientes razones: En primer lugar, afirmó que si bien el Reglamento, dictado por el entonces Ministro de la Defensa Nacional, mediante un “Resuelto”, como el mismo era a su vez era miembro de la Junta de Gobierno, y como esta tenía la potestad de dictar leyes, la Sala consideró que los actos de naturaleza normativa dictada por la Junta “adquieren el rango de ley”. Ante este argumento, llama la atención que si bien la Junta tenía la potestad de declarar leyes, aún en el supuesto que la norma la dictase la Junta, lo cual no es el caso, pues el texto del Reglamento es claro respecto a que lo dictó el Ministro de la Defensa individualmente considerado, resulta incongruente que alguien que podía dictar una ley no la llame ley sino reglamento, con lo cual resulta evidente la intención del reglamentista de que lo que dictó fue un reglamento y no otra cosa.

En segundo lugar, la Sala señala que el Reglamento “responde a las notas de un decreto ley” y de seguidas afirma algo difícilmente calificable desde cualquier punto de vista jurídico al decir que el Reglamento es “equiparable en el rango normativo actual con una ley formal”. Es decir, la Sala crea una categoría jurídica nueva, los “reglamentos equiparables a una ley”, como si en la época en que se dictó la norma en cuestión la distinción entre reglamento y ley no existiera, o como si la voluntad del que dictó la norma fuera distinta a lo que la fuerza de la literalidad de la misma indica. Está claro que de haberlo querido, la Junta pudo haber dictado la norma con carácter ley pero no lo hizo, y el Reglamento nació no a través de la Junta sino por medio de uno de sus miembros en ejercicio de la tradicional capacidad normativa reconocida a los ministros, evidenciado en el hecho de haberse dictado mediante resuelto ministerial y no por decreto de la Junta.

Igualmente, señala la Sala que efectivamente consta que el Reglamento nunca fue publicado en la Gaceta Oficial, lo que atentaría contra el principio de publicidad de cualquier norma jurídica, afectaría su eficacia, pues aunque se aceptase su legitimidad, al no ser publicada en la Gaceta carecería de efectividad alguna. Pese a lo contundente de tal irregularidad, la Sala sin base ni fundamento alguno afirma la publicación no se realizó porque “fue suprimida la Oficina de Información y Publicación de los Estados Unidos de Venezuela”, lo cual es manifiestamente incierto, por cuanto quien realizó el presente trabajo tuvo acceso a las Gacetas Oficiales microfilmadas por la Biblioteca Nacional, correspondientes al año 1949 y en ellas consta la publicación sin interrupciones de la Gaceta a lo largo de ese año.

Para justificar la ausencia de la publicación y su poca importancia respecto de los sujetos a los que estaba dirigido el reglamento, por cuanto “por diversos medios impresos se ha divulgado tanto para el específico sector al cual está destinado a regular, como el público en general, habiéndose podido disponer de su texto desde su entrada en vigencia”, como la publicación en la Gaceta Oficial pudiera ser sustituida por una edición en una imprenta cualquiera, pues de aceptarse se daría pie a todo tipo de abusos al respecto, o como si el público en general, como lo llama la sentencia, está pendiente o es compradora usual de los reglamentos militares. Esto no sólo es ilógico, sino que no responde lo más importante: ¿son eficaces o no las normas que no son publicadas en la Gaceta Oficial como lo establece la Ley de publicaciones oficiales de 1.941?. Es manifiesto, desde un punto de vista estrictamente jurídico que la respuesta, sobre todo considerando que de lo que se trata es de una norma que contiene restricciones a la libertad personal, que la respuesta no puede ser sino que tales normas, sino se publican dentro del marco exigido legalmente, no pueden surtir efectos.

Tanto está violándose el principio de publicidad de las normas que al final de la sentencia comentada la Sala no tuvo más remedio que ordenar la publicación en la Gaceta Oficial por cuanto la Ley de Publicaciones Oficiales y la Constitución “indican que una ley debe publicarse con el correspondiente cúmplase y que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes”. Afirmación que por su gravedad sólo puede ser contradicha por el simple

argumento de que algo que se denominó reglamento lo sigue siendo a pesar de que le endilgue cualquier otro título.

En conclusión, con esta sentencia, la Sala político-administrativa desaprovecha la oportunidad histórica de hacer justicia a una institución que ha avanzado y se ha actualizado pese a lo reaccionario y contrario a los principios de un estado de derecho, de un reglamento que regula sus elementos esenciales sin respetar dichos principios, y como veremos *infra*, en algunos casos, contrariándolos abiertamente.

C. EL REGLAMENTO DE CASTIGOS DISCIPLINARIOS N° 6.

1. El porqué de la denominación.

A pesar de nuestra búsqueda tanto en la Biblioteca de la Academia Militar, de nuestras consultas en la Dirección de Historia Militar del Ministerio de la Defensa, así como en la Biblioteca Nacional de los cuantiosas Gacetas Oficiales que yacen allí microfilmadas, si bien pudimos tener acceso a los diferentes Códigos Militares que desde 1883 se han dictado, no pudimos tener información alguna sobre las razones que hacen que este reglamento sea el número 6, pues no pudimos encontrar otros previos que pudieran justificar esta numeración, aunque, dado que, justamente, unos de los problemas que acarrea este Reglamento N° 6 es que no se publicó en su momento en la Gaceta Oficial, obliga a deducir que los posibles 5 anteriores tampoco lo fueron, por lo que no resultaría fácil seguirle la pista este misterio normativo ante la ausencia de centros de documentación diferentes a los mencionados que pudieran arrojar luces sobre el mismo.

2. Sistemática normativa.

El Reglamento consta de ocho capítulos que suman un total de 200 artículos, los cuales regulan en este orden los siguientes temas: Deberes de los Militares de Mar y Tierra; Reglas de Disciplina, Subordinación y Camaradería; Del derecho de castigar; Normas generales para la aplicación de castigos; Definición y clasificación de las faltas; Naturaleza, graduación y amplitud de los castigos; Cumplimiento de los castigos y Régimen Disciplinario.

3. Parte axiológica

La mejor parte del Reglamento, y seguramente la única parte que puede ser utilizada con fines de *lege ferenda* es la relativa a los valores a los que debe servir el militar. Estos valores esta descritos en el Capítulo primero, y su importancia e influencia ha sido tal que muchos de sus artículo fueron textualmente copiados en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de 1977 y mantenidas en la reforma de 1983.

Los valores a que se contrae el reglamento pueden ser divididos en tres tipos: vinculados a la organización militar, a la subordinación y vinculados a la patria.

a. Deberes vinculados a la organización.

El primer deber en este sentido, tal y como lo señala el artículo 1º es el “obedecer las órdenes de sus superiores en todo lo relativo al servicio”, y debe resaltarse, en segundo lugar, “cumplir estrictamente lo prescrito en las Leyes y Reglamentos del Ejército y de la Armada”. Como puede apreciarse el orden de cumplimiento no parece aleatorio, y tal como estaban las circunstancias de la época esto puede entenderse, lo que si no parece adecuado ni para aquella época ni para esta es que los militares tengan como deben principal el cumplir sólo con aquellas leyes vinculadas con la institución castrense (con ausencia de toda mención de la Constitución de 1945 que era la que regía para la época), tal y como literalmente establece el artículo. Siendo así, se establecía una obligación sesgada de la institución respecto del estado de derecho, con bastante desapego al respeto de la ley y de la constitución como norma fundamental de toda sociedad medianamente organizada.

Podemos observar entonces, que desde su primer artículo es imposible adecuar o salvar las distancias entre este Reglamento y los elementos fundamentales de un estado de derecho fundado en el cumplimiento de la norma por parte de todos los miembros de la sociedad, y menos en una sociedad donde la institución armada sea guardiana de la legalidad entendida en su globalidad.

A continuación, el reglamento establece que una afirmación que ha tenido éxito en normas de mayor rango durante el siglo XX, la afirmación aludida es que “la obediencia, la subordinación y la disciplina serán las bases fundamentales en que descansará siempre la organización”. A pesar del éxito de la afirmación citada, no estamos de acuerdo con ella en la medida en que nivela conceptos que se derivan de uno solo, esto es, de la disciplina. Disciplina según el Diccionario de la Academia es “3. Observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto. Tiene mayor uso referido a la milicia y a los estados eclesiásticos secular y regular”⁷⁴. En términos más generales, se puede entender entonces, como el cumplimiento de los deberes militares⁷⁵ tanto desde punto objetivo, es decir del cumplimiento de la norma jurídica, y desde un punto de vista subjetivo, mediante la subordinación al superior. Esto es ratificado por el propio reglamento cuando en su artículo 3º señala que la disciplina “es la práctica de los deberes militares”. En consecuencia, el verdadero pilar de la institución militar es la disciplina, sin ella no hay subordinación ni obediencia, por lo que este artículo a pesar de su continuidad en otras normas⁷⁶.

Por último, no puede utilizarse a favor del reglamento la distinción que hace respecto a la obediencia y a la subordinación para hacerlos categorías equiparables a la disciplina. Así, tenemos que el artículo 3º del Reglamento señala que la obediencia esta referida como “a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos” y la subordinación “al superior en grado y empleo”, distinciones sólo acotables al reglamento y no sujetas a categoría jurídica alguna ni a un sistema de ideas que lo sustente, por lo que equiparar dichas acepciones en razón de lo establecido en el Reglamento no tiene asidero lógico ni jurídico, aunque esto en rigor, debería ser tautológico.

Luego de lo expresado, el Reglamento establece una serie de obligaciones más minuciosas y algunas reiterativas como la que señala que el militar ha de “ser culto en su trato, aseado en su trato, marcial en su porte, severo en la disciplina, exacto en el deber e irreprochable

⁷⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Tomo I. Madrid:1992. p. 758.

⁷⁵ Rodríguez-Devesa, José M (1959). La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho militar español. Revista española de derecho militar. 7.p. 75 y ss.

⁷⁶ Artículo 6 de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada y artículo 328 de la Constitución.

en su conducta” (Art. 5º). Este tipo de obligaciones se repiten, entre otros, en el artículo 8 cuando se afirma que el cumplimiento de los deberes ha de hacerse con puntualidad como si se estuviera frente al enemigo, en el artículo 12 al establecerse que el militar deberá cumplir con sus deberes, en el artículo 17 cuando se dice que nunca se deberá retardar el cumplimiento de una obligación, en el artículo 44 cuando se señala como una de las “más palmarias manifestaciones de la disciplina” al cumplimiento de las órdenes y la observancia de los reglamentos; y en el artículo 27 cuando se expresa que militar deberá conocer sus deberes y derechos y tener el hábito de cumplirlos.

Por otro lado, el artículo 11 es significativo, porque evidencia una de los riesgos reales de la formación militar: la aceptación de la pérdida de la vida como parte de la carrera militar. Así, este artículo señala que ningún militar podrá excusarse del servicio para el que se le nombre “aunque haya en él peligro cierto de vida”. Esto trae a colación cierta discusión, ajena a los fines de este trabajo, sobre la obediencia militar, si esta ha de ser total y ciega, o si por el contrario puede ser sujeta a críticas⁷⁷. En cualquier caso, como veremos *infra* el reglamento tiene alguna flexibilidad en este sentido. Como refuerzo del riesgo como elemento implícito en la carrera militar, el artículo 12 estimula que el militar deba tener el “constante deseo de ser empleado en ocasiones de mayor peligro y dificultades (sic)”, así como el artículo 16 cuando señala que no puede ser militar quien “tenga miedo al sacrificio” y en el artículo 21 al establecer que el superior deberá dar ejemplo “en el sufrimiento de la fatiga y en el desprecio al peligro”.

Más importante que las anteriores es la referida a un concepto que dentro de las filas militares tiene una connotación diferente a la establecida en el mundo civil, esta es la murmuración. Esta idea de la murmuración es de vieja data y proviene de las Reales Ordenanzas de Carlos III⁷⁸ y es incorporada en el Reglamento en el artículo 6º cuando se prohíbe murmurar “contra las Instituciones de la República, ni de los Estados, ni contra las Leyes, decretos o resoluciones o medidas, dictadas o tomadas por cualquier autoridad

⁷⁷ En la primera guerra mundial durante la batalla del Somme miles de soldados franceses murieron en varios desesperados intentos por tomar posiciones alemanas, y esto ha traído en Francia la polémica si quienes finalmente se amotinaron estaban justificados al hacerlo o no.

constituida”. Esta prohibición, para cualquiera que haya compartido la cotidianidad en una instalación militar es de uso común, diferente al “hablar entre dientes” o “hacer ruido blando” que encontramos en el diccionario⁷⁹. En este caso el murmurar implica cualquier comentario, con independencia del tono de voz, que sea crítico o contrario a la autoridad o alguna de las instituciones del Estado de la entidad castrense. Lo dicho es reiterado en el artículo 19 cuando se establece que el militar deberá cumplir con el servicio que se le mande “sin proferir quejas, ni murmurar, ni poner dificultades”.

Del mismo modo, establecen como elementos de la actividad militar la lealtad y la buena fe (art. 23) porque cualquier actuación en contra de tales principios se considerará un quebrantamiento de las leyes y del honor militar. Lo mismo puede decirse de otros principios como el de la verdad (Art. 33), la igualdad (Art. 31), educación con el ejemplo (Art. 28), la discreción en los asuntos del servicio (Art. 36), el cuidado de los bienes de la nación (art. 39) y el conocimiento de sus subordinados (Art. 40).

Todos los conceptos anteriores, tal y como puede apreciarse, están relacionados con la actividad militar en su conjunto, con el cumplimiento de las obligaciones instituciones, y de la forma en que éstas deben cumplirse, de ahí que se puedan distinguir de las otras dos que de seguidas comentaremos.

b. Deberes vinculados a la subordinación.

La primera consecuencia del cumplimiento de los deberes militares, es decir, de la aplicación de la disciplina, es sin duda la subordinación, de ahí su importancia en el ámbito castrense y su imposición constante en la normativa militar. Como ya señalamos, en el artículo 3 del Reglamento se le menciona como uno de los elementos de la institución, agregando que la subordinación al superior “en grado y empleo” es imprescindible.

En consecuencia, el Reglamento establece la subordinación como una obligación que genera responsabilidades tanto al superior como al subalterno, por cuanto no sólo se

⁷⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Op. cit. p. 1.419.

establece la obligación por parte del subordinado sino también el deber por parte del superior de hacerse obedecer. Así, se establece que la corrección de las faltas no es un deber, sino un derecho-deber (Art. 28) y para ello obliga a conocer a sus subordinados (Art. 40). Igualmente se establece la obligación de la debida reflexión antes de impartir una orden, para evitar que esta sea contraria a las leyes y reglamentos o que sea cumplida con roces o tropiezos, para evitar, y esto si es sorprendente, no que se cumplan órdenes ilegales o contrarias al ordenamiento, sino para evitar lo más perturbador, esto es, “tener que dar contraórdenes”. Esto llama la atención, porque del conocimiento de la historia militar, fácil es colegir, que no es poco común que grandes estrategias dieran contraórdenes con el fin de obtener una ventaja o finalmente la victoria en un conflicto. Se entiende que en este caso, es posible que el temor a la contraorden esté referida a que se evidencie lo evidentemente erróneo de la primera orden. En cualquier caso, no parece manifiesta lo infeliz de la redacción del artículo.

Lo dicho, en general no tendría ninguna objeción a la luz de nuestra contemporaneidad, pero el artículo 4º incluye un elemento que por pernicioso ha de destacarse en este análisis, este elemento no es otro que el de la obediencia debida, establecida en el artículo 4º del Reglamento bajo el eufemismo “órdenes abusivas”. En este supuesto el referido artículo señala que el inferior en tales casos, deberá obedecer primero, y luego de hacerlo, interponer el recurso de queja ante el inmediato superior de quien dio la orden.

Evidentemente, este artículo es contrario a la Constitución⁸⁰, y sólo por esto, hace necesaria la sustitución del Reglamento por uno adecuado a los derechos humanos y el respeto al estado de derecho, pues evidente que todas estas ideas están subordinadas, de acuerdo con el reglamentista, a la obligación de obedecer que tienen los militares.

Huelga decir que las legislaciones militares de otros países no consagran la obediencia debida, utilizada ya en los juicios de Nuremberg como defensa de los crímenes nazis⁸¹, y

⁸⁰ Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

⁸¹ Ver: Goldensohn, L. (2004). **Las entrevistas de Nuremberg**. Taurus: México.

por el contrario establecen la obligación de desobedecer las órdenes contrarias a la Constitución o las leyes. Como ejemplo de esto, y con aplicación a muchos países del orbe, incluyendo el nuestro, tenemos que citar el artículo 33 del Estatuto de Roma que proscribe la obediencia debida como excepción a la responsabilidad penal, salvo las excepciones debida a la circunstancias del caso, fundamentalmente dirigidas a los casos en los que se actúa sin conocer todos los hechos que comporta la orden dada.

Sin embargo, como si no bastase lo dicho, y para empeorar aún más la situación, nos encontramos con el artículo 18 del Reglamento, muy demoledor en su sencillez, dice lo siguiente: “El que manda deberá a todo trance hacerse obedecer de sus subordinados”. Incluso haciendo una interpretación a la luz de las normas constitucionales actuales, de los tratados internacionales y de los principios que regulan los conflictos, no deja que quede dentro de cualquier análisis la posibilidad de que sea utilizado o interpretado de acuerdo con la intención original del Reglamentista, que era, no nos queda duda, la utilización de la fuerza en caso necesario, y todo esto en contradicción con una serie de artículos, que hemos citado en los que se hacía referencia a la educación el ejemplo, el cumplimiento estricto de los deberes, la delicadeza en el trato y el respeto al honor militar. Aparentemente, todos estos conceptos fueron olvidados cuando se redactó este artículo, sin duda pensando en un concepto de soldado totalmente ajeno al ciudadano en armas o simplemente al ser humano con derechos y con dignidad inmanente.

c. Deberes vinculados a la Patria.

Este aspecto, está menos regulado, o por lo menos con menos reiteración que los anteriores, siendo la primera manifestación la establecida en el artículo 26 cuando se indica que el oficial deberá cumplir con el “deber cívico, que es la base de los deberes militares”, entendiendo el deber cívico como aquel derivado de su condición de ciudadano, concepto más amplio que el de militar. Sin embargo, se hace más clara la alusión a los deberes con el país, cuando el artículo 30 indica que el superior deberá preparar el ánimo de los subalternos para “los grandes sacrificios que alguna vez habrá de exigirles la Patria”.

Sin embargo, la verdadera vinculación para con el compromiso debido con la Patria lo tenemos con el artículo 41 cuando afirma que “El más santo de los deberes militares será el amor a la Patria y el respeto y admiración constante hacia sus Libertadores”. Dado el contenido esencialmente metajurídico de la expresión utilizada no pueda darse un contenido jurídicamente relevante al mismo, y en consecuencia, es ajeno a los límites del presente trabajo.

D. DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DIRECTORES DE LA INSTITUCIÓN Y DE LA CONDUCTA DE SUS MIEMBROS.

1. Justificación de esta normativa.

A pesar de que este capítulo sobre los deberes de los militares no tiene en el RCD su correlativo en cuanto a los derechos de los mismos, cumple con el establecimiento, con mayor o menor éxito según los casos, de los elementos fundamentales que deben caracterizar a la institución, y en este sentido su existencia está plenamente justificada, pues tales elementos son parte fundamental de una institución en la que se exige el máximo sacrificio para sus integrantes, y por tal motivo deben estar claramente definidos, aunque sin duda el reglamentista cometió un fallo fundamental a partir de la descripción de los valores señalados, pues no explica la necesidad de las mismas y mucho menos las vincula con las categorías axiológicas que hacen necesaria la institución, como lo son la seguridad y defensa de la patria y de su soberanía.

2. Vigencia.

Como señalamos supra, el Reglamento de Castigos Disciplinarios no fue publicado en su oportunidad, lo cual nos lleva al año 1949, por lo que su vigencia, en rigor, sólo debería ser a partir de su publicación en Gaceta Oficial, y no ocurrió hasta el 16 de agosto de 2002 mediante Gaceta Oficial N° 37.507. Como dato que evidencia lo insólito de esta publicación tenemos que está firmada por quien lo dictó en su momento esto es, el entonces Teniente Coronel

Marcos Pérez Jiménez, quien para la fecha de su publicación, recordemos, más de 50 años luego de ser puesto en aplicación, ya había fallecido.

3. Parte tipificadora y sancionadora.

a. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo: De acuerdo con el artículo 172 del RCD están sujetos al régimen dispuesto en éste las siguientes personas:

- a) Los militares en servicio activo, aún cuando estén con permiso;
- b) Los militares en situación de disponibilidad en los casos en que cometan faltas contra la disciplina o el decoro militar;
- c) Los alumnos de los Institutos Militares y Navales;
- d) Los asimilados;
- e) Los empleados civiles del Ejército, siempre que se les hubiese dado carácter militar;
- f) En campaña, toda persona agregada al Ejército, o a la Armada o que tenga alguna relación que pueda influir en las actividades militares;
- g) Los prisioneros de guerra y rehenes.

A la enumeración hecha, el Reglamento sólo hace dos aclaraciones, una relativa a los alumnos de las Escuela Militares, donde señala que cada instituto deberá tener un régimen de castigos disciplinarios “análogo” al allí establecido (Art. 173), y la otra, indicando que a los empleados “que no tengan una asimilación determinada ni una subordinación militar directa” sólo podrán ser sancionados con las figuras de la amonestación y la reprensión, ordenando además que los reglamentos de cada una de las dependencias establecerán “los otros castigos” que puedan ser impuestos a los empleados mencionados.

Luego de mencionar lo establecido en el Reglamento, debemos empezar por hacer las siguientes observaciones: en primer lugar, la situación de disponibilidad es aquella separación

del servicio activo que tienen los militares ya sea por medida disciplinaria, enfermedad o falta de plaza. Esta es una situación temporal, en la que el individuo sigue siendo parte de las Fuerzas Armadas pero no presta sus servicios en ellas, y en consecuencia, toda la normativa que rige las mismas les es aplicable en lo que racionalmente sea posible, no solamente a lo que se refiere “a las faltas contra la disciplina y el decoro”. En segundo lugar, los militares asimilados que se indican en el aparte “c” del artículo en examen, son como su propia denominación indica “asimilados” a la categoría de militares, por lo que de hecho y de derecho se deben considerar como tales, con las restricciones que la propia normativa señalaba para esta categoría de militares, y que en el caso venezolano se encontraban en el artículo 260 y siguientes de la LOFAN, y que actualmente, luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada ha sido eliminada, de acuerdo con su artículo 8°.

En cuanto a los apartes “e” y “f” destinados a personas distintas de los militares, creemos que ello es una extralimitación del Reglamentista, pues en el caso de los llamados "empleados civiles con carácter militar", esta categoría híbrida de sujetos no está contemplada en la legislación militar, y en todo caso, es inaplicable por cuanto no se concibe una dualidad en la situación de un sujeto dentro de las Fuerzas Armadas por su carácter contrario a la lógica, pues ni aún los empleados civiles con acceso a secretos militares, en razón de sus servicios profesionales, pueden ser considerados como de "carácter militar", ya que su situación de civiles sólo puede ser alterada por su efectivo ingreso a la fuerza activa descrito en la LOFAN (Art. 8) en el que sólo se señalan a aquellos individuos con grados militares efectivos o lo que estén estudiando en los Institutos respectivos para obtenerlos.

Por último, tenemos que si bien la aplicación del régimen disciplinario para “prisioneros de guerra” está de acuerdo con lo prescrito en la Convenciones de Ginebra sobre prisioneros de guerra (Art. 82 del Convenio sobre Prisioneros de Guerra⁸²), debe tenerse en cuenta en que en dicho convenio, en primer lugar se deja claro, que en esta materia, prohíbe toda sanción “contraria a las disposiciones del presente capítulo” (Art. 82), y además establece 30 días como límite máximo para las sanciones disciplinarias (Art. 90). Por otro lado, las sanciones establecidas en dicha Convención se limitan a las siguientes: 1) multa, 2) supresión de

⁸² Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra, ratificado por Venezuela el 13 de febrero de 1956.

ventajas concedidas aparte del trato previsto en la Convención, 3) faenas por no más de horas (se exceptúa a los Oficiales de este castigo) y 3) Arrestos. En razón de lo expuesto, y siendo los Convenios no sólo posteriores al reglamento, sino que además han sido suscritos por Venezuela y son por ende parte de su derecho interno con rango de ley, es por lo que podemos concluir que la aplicación de la normativa disciplinaria militar venezolana está restringida a los términos expuestos por la Convención sobre prisioneros de guerra, pues no tendría sentido tener un trato mejor para miembros de una fuerza ajena a la nuestra que para los miembros de nuestra propia Fuerza Armada.

Mención aparte merece la inclusión de un increíble tipo de individuos a los que también les es aplicable el Reglamento, nada menos que a los rehenes, esto es, “persona retenida por alguien como garantía para obligar a un tercero a cumplir determinadas condiciones”⁸³, situación a la que no hayamos explicación dentro del marco de un Estado de Derecho, pues ello implicaría, la retención de cualquier clase de persona, sea militar o no, con el fin obtener una concesión específica, independientemente de que existan o no los motivos legalmente establecidos para privarle de su libertad, cuestión que no sólo no es reconocida como permisible para un Estado, sino que por el contrario está expresamente prohibida por el artículo 3, literal b, común de los Convenios de Ginebra, para los conflictos de tipo interno, así como por el Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en su artículo 34, como garantía de protección en caso de conflictos internacionales⁸⁴.

En última instancia, tenemos que hacer mención de la situación de los Sub-Oficiales Profesionales de Carrera en el marco normativo disciplinario. Esta categoría de militar no está prevista, ni como sujeto activo ni pasivo de la relación sancionatoria, en virtud de que para la fecha de puesta en vigencia del Reglamento, ya que tal categoría de militares no existía dentro de estructura de las Fuerzas Armadas venezolanas en el momento en que se dictó el reglamento. Igual situación existe respecto de los miembros de la Tropa Profesional que

⁸³ Diccionario de la Lengua Española. 20ª ed. Real Academia Española. Madrid. 1992. p. 1247.

⁸⁴ Art. 3: En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo las siguientes disposiciones:...A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: b) la toma de rehenes;.

“Art. 34.- Está prohibida la toma de rehenes”.

accedan a las jerarquías superiores a Sargento Primero, pues todas las demás, excepto la de Sargento Ayudante, fueron agregadas en la reforma de la LOFAN de 1983⁸⁵. Dado que de todas maneras el Reglamento se está aplicando en la actualidad a todos los grados y rangos de la Fuerza Armada, esto sólo quiere decir que se está aplicando a los grados que no están incluidos en la norma, a través de la figura de la analogía, lo cual contradice principios universales en materia de sanciones. Esto acarrea el inconveniente adicional de que el Reglamento no sólo sujeta los castigos al grado que tiene el superior, sino también al que tiene el subalterno, por lo que al colocar dentro de límites tan estrechos la potestad disciplinaria, no queda claro cómo debería sancionarse y cómo deberían sancionar estas categorías de militares.

Esto nos lleva también a señalar que al establecerse límites máximos para sancionar de acuerdo al rango del que sanciona y del sancionado, nos encontramos que ante una misma infracción, la sanción pueda variar de acuerdo con la situación de los sujetos mencionados, lo que plantea graves diferencias entre unos y otros, pues un Comandante de División, en caso de cometer falta grave, únicamente podrá recibir una advertencia (Art. 130) hecho de menor entidad aún que una amonestación como de segundas veremos, mientras que un soldado puede ser sancionado hasta con 60 días arresto (Art. 130), en el caso de que sea el Inspector General de las Fuerzas Armadas el que imponga el castigo a ambos, siendo éste la mayor autoridad con potestad disciplinaria que señala el Reglamento. De cualquier manera, la diferencia es lo suficientemente notable como para parecer injusta, pues debe que a mayor jerarquía, mayor responsabilidad, y sobre todo, mayor daño al cumplimiento de la disciplina, y aunque no se trata de negar la posibilidad de castigos diferentes, sí de que por lo menos se atenúen tan marcadas diferencias.

En conclusión, tenemos que la normativa disciplinaria se está aplicando a sujetos que no pueden ser regulados por las normas militares (caso de los rehenes y personal civil), además de que se está aplica a nuevos tipos de militares creados con posterioridad al reglamento, a los que se dictan penas restrictivas de libertad por analogía, ya que no están descritos en los

⁸⁵ Debe aclararse que si bien el 26 de septiembre de 2005 en la Gaceta Oficial N° 38.280, fue publicada la nueva Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley establece que las normas de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, cuya última reforma fue el 22 de febrero de 1995, que no contradigan a la primera, seguirán en vigencia hasta que se dicten las leyes que expresamente las deroguen.

supuestos que a tal efecto tiene el reglamento, y por último nos encontramos con que ante un mismo hecho se sancione con el mínimo castigo a un militar y con la máxima a otro, sin la debido proporcionalidad, pues si bien el grado del infractor pueda servir ya sea como atenuante o agravante, no encontraremos en la legislación penal, por ejemplo, que tales circunstancias conlleven a tal radicalización en las sanciones.

Como ejemplo de derecho comparado, debemos indicar que respecto del sujeto activo, la normativa española es mucho más sencilla y tranquilizadora, pues el artículo 3º de la Ley Disciplinaria Militar establece que están sujetos a dicha ley “los militares de carrera y los militares de empleo que mantienen una relación de servicios profesionales”, salvo que estén en alguna situación administrativa que por ley los desvincule de las leyes disciplinarias; lo mismo que a los militares de reemplazo y a los que preste el servicio en virtud de movilización nacional.

b. Sujeto activo.

La potestad disciplinaria en el ámbito castrense, es entendida por Domínguez-Berrueta y Nevado como “la extensión del poder genérico punitivo de la Administración frente a los ciudadanos, en este caso servidores públicos sujetos a una relación de sujeción especial”⁸⁶, acogiéndose además a lo dicho por García de Enterría en el sentido de que la potestad disciplinaria es una potestad de supremacía especial⁸⁷, aunque haciendo énfasis en que la potestad disciplinaria castrense tiene respecto de el régimen funcional disciplinario general “una mayor gravedad y mayor rigor”⁸⁸, por el hecho, justamente, de ser más agudos los controles de la actividad y de mayor entidad los castigos a infringir.

En el caso del sujeto activo, debemos considerar la situación histórica que rodeó la puesta en vigencia del Reglamento, pues en ese momento, los jóvenes oficiales que se formaron en la Academia Militar habían depuesto en 1945 a los generales que el gobierno anterior había entronizado, y de hecho, en la Junta Militar que sustituyó a tal gobierno el grado más alto era

⁸⁶ Domínguez-Berrueta, Miguel y Pedro NEVADO. Op. cit. p. 275 y 276.

⁸⁷ Ibid. p. 276.

⁸⁸ Idem.

el de Mayor⁸⁹, lo que hizo que los puestos de Comando en las distintas guarniciones fueran tomados por Oficiales de aún menor graduación.⁹⁰ Esta situación se mantenía en el año 1949 en el que se puso en vigencia el Reglamento, y ello añadió otro elemento más de distorsión al régimen disciplinario, pues a la cabeza de la potestad disciplinaria no se puso a los Oficiales de Mayor graduación como se hacía con los grados inferiores, sino que se sustituyeron por lo empleos o cargos que estos habían estado desempeñando, por lo que el Reglamento sólo habla de la potestad de castigar hasta para los Coroneles (Art. 121) y a partir de ahí se trata del “2do. Comandante de Unidad Superior” y otros cargos de mayor responsabilidad, cuestión que hace más difícil la interpretación a la luz actual, pues en algunos casos esas denominaciones ya no existen.

Por otra parte, la máxima autoridad con potestad disciplinaria que se señala en el Reglamento es el Inspector General de las Fuerzas Armadas, dejando fuera al Ministro de la Defensa, a pesar de que algunas sanciones, como veremos, sólo pueden ser autorizadas por éste, y de que con el Inspector General no se agota la línea de mando, por lo que puede colegirse que el Ministro de Defensa no tiene potestad disciplinaria respecto a sus subordinados inmediatos, a los que tendría que sancionar dando parte al Inspector General, lo que suponemos no ocurre en la realidad, por lo que una vez más, de haber sanciones por parte del Ministro lo estaría haciendo, aplicando una vez más, la analogía.

En lo que tiene que ver con la competencia para sancionar, por imperativo del artículo 72 del RCD, la potestad de imponer sanciones disciplinarias está atribuida solamente a los superiores que tengan “mando directo y responsabilidad” sobre el subalterno en trance de sanción, salvo los casos, expresamente previstos, de algún otro superior, en ocasión de su cargo, no de su grado, como lo sería, por ejemplo, el Oficial de Guardia como Jefe de los Servicios de su dependencia, tal como está consagrado en el artículo 127 *eiusdem*.

⁸⁹ El Mayor eran Carlos Delgado Chalbaud, y Mario Vargas el otro integrante de la Junta, tenía el grado de Capitán. Para ver el documento de constitución de la Junta ver: <http://analitica.com/biblioteca/venezuela/1945documentos.asp>

⁹⁰ Salcedo Bastardo, José Luis. “Historia Fundamental de Venezuela”. Fundación Gran Mariscal de Ayacucho. Caracas. 1977. p. 235.

Como ya hemos referido, esta potestad está limitada por el grado que detente el Superior sancionante, situación pautada a partir del artículo 121 del Reglamento, en donde se establece que tipo de castigos puede imponer un superior de acuerdo con su grado o jerarquía. De igual modo, esta competencia está limitada por otros supuestos como lo son el lapso de prescripción de las faltas, que es de 90 días, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107; asimismo, tampoco puede ordenarse castigos que impliquen recargo en el servicio de armas o que no estén expresamente contemplados en el Reglamento (art. 105); en el mismo sentido, no puede ejercerse la potestad disciplinaria en presencia de un superior, salvo que éste lo autorice (art. 82); debe considerar la situación objeto de su apreciación con criterio imparcial (art. 93) y tomando en cuenta la necesaria moderación y progresividad en el castigo de la falta (art. 94); y por último, y quizás el más importante, debe estar garantizado el derecho a la defensa, materializado en pedir las explicaciones a que haya lugar al sujeto susceptible de ser castigado (art. 133).

c. Tipos de faltas.

El Reglamento conceptualiza en su artículo 108 que falta militar “es toda acción contraria u omisión en el cumplimiento de las obligaciones y normas del servicio” que no se encuentren tipificadas como delitos por el Código de Justicia Militar. Para distinguir aún más el segundo aparte determina que falta “es una trasgresión elemental y simple del deber” mientras que el delito sería “una ofensa a dicho deber” que “revite una forma compleja y acentuadamente anormal”, con esta definiciones nos encontramos que el Reglamentista estaba seriamente preocupado por establecer clara diferencias entre delito y falta, y apartando una determinación negativa, esto es, falta es todo lo que no es delito, se pronuncia en términos cualitativos, ya que en primer lugar la falta sería un incumplimiento del deber de tipo de menor, lo que explicaría su ocurrencia en mayor número de casos que en los delitos, mientras que el delito no sólo sería una violación a los deberes militares, sino que se constituiría en una verdadera afrenta, o como el propio Reglamento lo denomina “una ofensa” que además de tiene particularidades como serían el que presente en forma “compleja” y adicionalmente “acentuadamente anormal”. Con esto el delito no sólo significaría una violación a conceptos jurídicamente protegidos, sino que además, y he aquí

lo novedoso, llevaría apareja una construcción ideal densa y evidentemente contraria a la normalidad. Sin querer adentrarnos en el campo del derecho penal al que le es natural lo relativo al concepto de delito, fácil es aprehender de este concepto cierta determinación de delito como falencia casi orgánica del individuo, cuya enmarañada trama requiere la atención más del derecho penal que de la corrección disciplinaria.

Volviendo a lo que respecta a la falta, llama la atención que algo que se considere tan “elemental y simple” pueda acarrear sanciones tan graves como las que describiremos más adelante, más aún considerando que existirían delitos, cuya comisión, con toda la carga conceptual indicada, podrían tener menor pena que la impuesta a una falta. De ahí que si bien, como podremos analizar *infra* es casi una regla que la diferencia entre un delito y una falta puede ser de grado (lo cual no excluye otros elementos), no es menos cierto que el interés del legislador puede alterar dichas diferencias de grado en razón del concepto o bien jurídico que se quiera proteger o simplemente de la necesidad social del momento.

Como reglas generales el Reglamento en su artículo 109 señala que serán faltas las establecidas en ese instrumento y, sorprendentemente “las omisiones o acciones” que se lleven a cabo “contra la Bandera, el Himno y el Escudo Nacionales, símbolos patrióticos e instituciones nacionales, contra la honra y el pundonor individual militar; contra el decoro de la profesión; contra los preceptos sociales y las normas de la moral; contra los preceptos de la subordinación reglas, normas de la moral; contra los preceptos de la subordinación, reglas o disposiciones dictadas por las autoridades competentes”. Con esta norma, prácticamente queda al arbitrio del superior el imponer una sanción dado el grado de subjetividad que puede conllevar el establecer una violación “contra los preceptos sociales”, las normas “de la moral”, con lo cual puede establecerse claramente una ambigüedad en la tipificación que hace insostenible el establecimiento de un tipo de objetivo de conducta a ser sancionada.

Luego de esto, el Reglamento pasa a indicar (Art. 110) que las faltas se clasifican en leves, medianas y graves, aunque el mismo reglamento señala que dicha distinción no busca establecer “una división rígida”, sino simplemente orientar al superior, siempre que el

mismo juzgue la falta “sin desviarse del espíritu de este reglamento”, lo cual, interpretándolo de la manera más benévola posible, sólo puede indicar que lo más importante no es tanto la calificación de la falta sino la ubicación del tipo claro y específico que corresponda a la conducta u omisión a ser sancionada.

Pasamos entonces a describir someramente lo que el Reglamento considera con faltas leves (Art. 115), las cuales dada su extensión no citaremos en su totalidad, sino que las englobaremos en cinco categorías, a saber, en primer lugar, las relativas a la puntualidad (no informar al superior sobre la imposibilidad de comparecer a tiempo, llegar atrasado sin justo motivo a cualquier acto del servicio), en segundo lugar, las relacionadas con el deber de informar al superior (no comunicar al superior el ejecución de una orden, no elevar por la vía jerárquica una queja o pedido hecho, permanecer en un cuartel sin permiso del jefe del mismo), en tercer lugar, las vinculadas al orden interno como sería el conversar o hacer ruidos en actos en los que esté prohibido, el manifestar disgusto o tibieza en el servicio, etc.; en cuarto lugar las enlazadas con el orden público como sería el destruir prendas o efectos que no sean armas siempre que su valor no exceda los cinco bolívares o el servirse de objetos que no estén a su cargo o pertenezcan a otro; y por último, las ligadas al decoro y presencia personal del militar, como lo sería el presentarse con un uniforme distinto al que correspondía según haya sido determinado o el ser descuidado en el aseo personal. Como evidencia de la falta de adecuación del Reglamento con los tiempos que corren, baste citar que se considera que un militar comete falta leve cuando “estando a caballo en poblado, ir a trote o al galope sin necesidad”.

Cuando se trata de faltas medianas (Art. 116), el reglamento circunscribe más al ámbito estrictamente militar las conductas sujetas a sanción, casi excluyéndose actividades realizadas fuera de la institución a menos que la actividad la implique, de este modo tenemos se introduce una categoría nueva a las anteriores, como lo sería el incumplimiento del deber de supervigilancia que tiene el superior al no castigar o dejar de hacer cumplir las prescripciones militares. Igualmente se agrega otra categoría, en este caso entrelazada con las acciones contra la buena fe, como sería el simular enfermedad o dolencia para esquivar

el cumplimiento de obligaciones o el poner mala intención o desatender en cualquier trabajo.

De este modo, nos encontramos que se incluyen dentro de la categoría relacionada con la puntualidad el no presentarse en los plazos debidos en los sitios para los que haya sido nombrado. En relación con el deber de informar al superior, se establece como falta el transitar por las calles durante horas de trabajo sin el conocimiento del superior o la ausencia de información por parte del oficial de guardia al oficial de día de la presencia de cualquier militar extraño a una dependencia. Entre las ligadas al orden interno, sin duda, las más numerosas, se pueden encontrar el permitir a los presos bajo su custodia el tener objetos que puedan causar daños, el ofender, provocar a su igual o subordinado o el realizar peticiones al Presidente de la República o al Ministro, omitiendo el órgano regular. Respecto al orden público, nos encontramos con que se estima como falta el maltratar inútilmente los animales de silla o carga de propiedad nacional o el aprovechar vuelos permitidos para vuelos de carácter personal. Finalmente, en relación con el decoro y la presencia del militar nos encontramos con que se considera falta el contraer deudas que pongan en mal término la reputación de los militares o el frecuentar sitios incompatibles con el de decoro de la sociedad.

Como grado más elevado de incumplimiento de los deberes militares a nivel disciplinario, el Reglamento, en lo que respecta a las faltas graves (Art. 117), utiliza las categorías indicadas con excepción de la vinculada a la puntualidad, el resto puede ejemplificarse en los siguientes casos:

Contra el deber de supervigilancia: el parcializarse al imponer castigos, el abusar del cargo para ejercer venganzas o imponer castigos injustificados.

Contra la buena fe: el ocultar o falsear la verdad en cualquier asunto del servicio, el valerse del anónimo y la queja infundada.

Contra el deber de informar: no comunicar al superior toda información sobre perturbación del orden público o del servicio, el cambiar servicio sin permiso o el pernoctar fuera del cuartel sin permiso.

Contra el orden interno: el contraer deudas con inferiores, el aconsejar o complotar para no cumplir una orden superior, siempre que no sea delito, el jugar dinero dentro del cuartel o establecimiento.

Contra el orden público: el disparar armas por descuido o sin necesidad o el propagar noticias que den lugar a alarma injustificada.

Contra el decoro militar: el embriagarse, inducir a la embriaguez o el ofender la moral y las buenas costumbres por medio de palabra o actos que no sean delito.

d. Tipos de sanciones.

El RCD establece dos tipos de sanciones según el sujeto, unas para los Oficiales y otras para la Tropa (Artículos 118 y 120 respectivamente). Como nota casi anecdótica, se incluye un castigo exclusivamente para pilotos en el artículo 119, el cual consistiría en la suspensión de vuelos hasta por 30 días, por orden del Ministro de la Defensa. Tanto para unos como para otros, las sanciones a vez pueden ser divididas en corporales y no corporales, las primeras están representadas fundamentalmente por aquellas que implican la privación o seria limitación a la libertad personal, y las segundas son que implican más un llamado de atención como previsión de sanciones más fuertes, y de hecho su aplicación está circunscrita principalmente a faltas leves (Art. 118 literal b único aparte), así como aquellas que siendo de gravedad implican un cambio en la situación jurídica del militar dentro de la institución (disponibilidad y retiro).

Para el caso de los Oficiales se establecen las siguientes sanciones: Advertencia, Amonestación, Arresto simple, Arresto severo, Reprensión privada, Reprensión pública, Arresto en fortaleza; Disponibilidad y Retiro.

Para la Tropa, las posibles sanciones son: Amonestación, Presentaciones, Servicios Especiales, Arresto Simple, Arresto en la Cuadra, Arresto Severo, Reprensión Privada, Reprensión Pública, Arresto en fortaleza, Suspensión o anulación de la jerarquía; y destino a compañía disciplinaria

Debe señalarse, que además de lo previsto en el Reglamento, lo relativo a la disponibilidad y el retiro, en tanto medidas disciplinarias, esta regulado por la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, vigente todavía en esta materia como indicamos *supra*, pues si bien la Ley Orgánica de la Fuerza Armada en su artículo 74 señala que los Consejo de Investigación “son cuerpos colegiados destinados a la calificación de las infracciones en que incurre el personal militar profesional y técnico” de la institución, y que los mismos serán convocados “de acuerdo con la categoría” por el Presidente de la República, el Ministro de la Defensa y los Comandantes de Componentes, a su vez también indica que “la composición y funcionamiento son definidos por la ley que regirá la materia”, y tomando en cuenta que dicha ley no se ha dictado todavía, se aplica lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la ley que otorga vigencia a la Ley anterior en lo que no se oponga a la primera. Una innovación a destacar de la nueva ley es la creación de los Consejos Disciplinarios (Art. 75) que se encargarán de calificar las posibles infracciones cometidas por la Tropa, quedando su composición y funcionamiento a la “ley que rige la materia”, que, como se ha dicho, todavía no ha sido dictada

Por ello, de acuerdo con la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (Art. 229), la disponibilidad es la separación temporal del servicio activo, aplicable a Oficiales y Sub-oficiales Profesionales de Carrera de modo que estos no puedan desempeñar cargo, empleo o comisión. Esto no siempre es por medida disciplinaria, sino que también puede ocurrir por razones administrativas (falta de empleo) o por razones personales de militar (enfermedad por actos del servicio).

Dado que la disponibilidad es siempre algo temporal, de persistir esta situación por dos años, de acuerdo con el artículo 235 de la ley, el Oficial y Sub-Oficial Profesional de Carrera pasará a la situación de retiro, lo cual implica el cese de la prestación de servicios a la Fuerza Armada (Art. 240)

Tanto para el caso del pase a la situación de disponibilidad como para el pase a retiro por medida disciplinaria, la ley exige la intervención de un Consejo de Investigación. Este Consejo de Investigación, de acuerdo con el artículo 240 de la Ley tiene como finalidad

“calificar las infracciones que cometieren los Oficiales y Sub-oficiales Profesionales” y “opinar si ameritan o no sanción disciplinaria o sometimiento a juicio militar”. De acuerdo con la propia norma, existirán entonces dos Consejos, uno para Oficiales y otro para Sub-Oficiales Profesionales de Carrera. En el supuesto de Oficiales Generales y Almirantes, la Junta Superior de la Fuerza Armada hará las veces de Consejo de Investigación. En cualquier caso, antes de emitir su opinión sobre los hechos que se le planteen, el Consejo de Investigación deberá oír al encausado (Art. 288). La opinión que emita el Consejo no es vinculante para la autoridad que tome la decisión, y por supuesto, no pueden pronunciarse sobre posibles actos delictivos (Art. 289).

Entre las primeras sanciones no corporales, como fácilmente es colegir, tenemos la amonestación y la advertencia. La advertencia es vista por el redactor del Reglamento como una actuación preventiva, casi sin carácter punitivo, de ahí que se señale que es “una indicación preliminar o reflexión confidencial y amistosa” del superior al subalterno para hacer ver a aquél que este se ha dado cuenta de la infracción cometida. Connotación más grave tiene la amonestación conceptualizada como “una acción o influencia moral” del superior al subalterno para “llevarlo al convencimiento de la necesidad de enmendarse y de no incurrir en hechos ilícitos” con la advertencia de las sanciones que le serán impuestas de no modificar su conducta.

Otro tipo de sanción no corporales son las reprensiones, parecidas en su contenido a las advertencias y las amonestaciones, con la diferencia que las reprensiones pueden ser privadas o públicas. En el caso de las públicas no son en realidad una sanción en sí mismas, sino el complemento de otras por cuanto el Art. 118 establece que la represión pública se aplicará como complemento de un arresto severo.

Por el contrario, las sanciones corporales están conformadas principalmente por los arrestos en el caso de los Oficiales, y por estos, las presentaciones y los servicios especiales para la Tropa. No podemos ubicar fácilmente en esta clasificación a la compañía disciplinaria pues de acuerdo con nuestras investigaciones este tipo de compañía nunca se implementó por lo

que no podemos calificar la mera pertenencia a esta compañía como castigo físico o no corporal, aunque idealmente podría responder a la primera de tales ideas.

Los arrestos varían en cuanto a su rigurosidad, que desde el arresto simple que implica la privación de la libertad para disfrutar el tiempo libre en el servicio, pero realizando el sancionado el resto de sus labores en el destacamento militar en el que desarrolle sus funciones. Por su parte el arresto severo conlleva la privación de la libertad personal con exclusión de toda actividad de servicio e implica que el sancionado permanezca en una habitación durante el tiempo del castigo, quedándole prohibidas las visitas sin permiso del superior competente. Dada la marcada diferencia entre estos tipos de arresto, el Reglamento aclara que los arrestos simples se impondrán por faltas medianas o por reincidencia en leves, mientras que los arrestos severos serán impuestos por faltas graves. Un grado aparentemente mayor de arresto a los mencionados sería el denominado arresto en fortaleza, que como su nombre lo indica, se ejecuta en las mismas condiciones que el arresto severo pero ubicando al sancionado en la fortaleza que el Presidente de la República o el Ministro designen, siendo estos a su vez, los únicos que pueden poner esta sanción. Considerando que para el momento en que se redactó el reglamento, todavía estaban en funcionamiento los antiguos castillos construidos durante la colonia, y observando cómo eran las celdas en esas construcciones, fácil es concluir por qué se estimó más grave esta sanción que el arresto severo.

De las sanciones que son exclusivas para la Tropa tenemos las presentaciones, los servicios especiales y el arresto en la cuadra. Las presentaciones obligan a que el sancionado se presente con el tipo de uniforme que se le ordene, en las horas y plazos que se le determine, ante el superior que impone la sanción. Por su parte los servicios especiales son tareas escritas sobre actividades militares, o por otro lado, recargo de las actividades cotidianas como aseo del cuartel, limpieza del equipo u otras. El Reglamento establece que las tareas escritas serán las sanciones impuestas exclusivamente para los Sub-oficiales y clases, mientras que para los soldados serán los recargos en el servicio o tareas de limpieza. Respecto del arresto en la cuadra, sólo debemos decir que esta modalidad de arresto como su propio nombre sugiere, se verifica en la cuadra o dormitorio del sancionado, pudiendo

realizar labores, si es soldado raso, de limpieza y orden de la misma, no pudiendo salir de la cuadra, salvo por razón de las tareas que se le encomienden así como para asistir a la instrucción o realizar, bajo vigilancia, sus necesidades fisiológicas.

4. Parte procedimental.

Esta es una de las carencias más notables del Reglamento, por cuanto no se establece de forma coherente un procedimiento para determinar una falta e imponer sanciones de ser el caso, sino que nos encontramos normas aisladas que dan algunos lineamientos al superior respecto a la forma de actuar en estos casos. De este modo, bajo el Capítulo VII denominado “Cumplimiento de los castigos” se establecen los siguientes elementos:

a. Determinación de la falta.

La primera obligación del superior, de acuerdo con el artículo 131 del Reglamento es “fijar precisamente el motivo, especificando en los posible la infracción reglamentaria”. Esto es lo que en derecho penal se denomina el ubicar el tipo sancionatorio, esto es la conducta previamente establecida en la norma que se considera contraria al ordenamiento. Termina el artículo con una disposición bastante oscura “Por ningún motivo será impuesto un castigo hasta nueva orden”, lo que entendemos debe ser interpretado como que no será impuesto un nuevo castigo hasta nueva orden, porque el artículo siguiente señala que los castigos se cumplirán inmediatamente, salvo casos excepcionales, por lo que la explicación más lógica parece ser esta.

b. Deber de escuchar al subordinado.

Como mínimo cumplimiento del derecho a la defensa, el reglamento en su artículo 133 establece la obligación al superior “antes de imponer un castigo” “deberá interrogarlo y oír las explicaciones que aquel pueda formular”. Se impone al inferior que el mismo deba realizar su exposición “en forma sucinta y en lenguaje respetuoso, con pleno acatamiento”.

c. Establecimiento de la pena.

Tal y como se indicó *supra* el tipo de sanción y la duración de la misma en el caso de los arrestos, está supeditada tanto al grado o rango del militar sancionado como al grado o rango del que impone la sanción, pero lo que si establece claramente el reglamento es la obligación de establecer claramente el tipo de sanción, así como “el principio y el término” de la misma. En el caso del arresto se establece que el mismo terminará el día fijado en la orden a la seis de la tarde.

d. Principio de escrituriedad.

Toda sanción en principio deber ser notificada por escrito, con excepción de la sanción de advertencia, que queda a la consideración del superior hacerlo exclusivamente de forma verbal (Art. 139). Sin embargo, el Reglamento distingue entre la notificación y la anotación a los efectos del expediente personal, y en el primer caso efectivamente el artículo 139 permite la posibilidad de hacer la advertencia verbalmente, pero de acuerdo con el artículo 165, no deben ser nunca anotadas en el libro de sanciones que debe llevarse, para el caso de los Oficiales. Respecto de las demás sanciones, tenemos que en el caso de las amonestaciones para, el mismo artículo 165 señala que deben anotarse cuando pasen de 4 y los arrestos simples, los de 3 o más días, y a partir de allí todos los demás castigos deben ser anotados. En el supuesto de individuos de tropa, el Reglamento establece que ni las amonestaciones, ni las presentaciones, ni los servicios especiales serán anotadas; y los arrestos en la cuadra, a partir de aquellos que sean de 4 días o más, quedando el restos de las sanciones sujetas a la anotación con independencia de su duración.

e. Publicidad de las sanciones.

Nos encontramos en este supuesto, ante el insólito caso de que las sanciones deben ser publicadas, si fuesen destinadas a individuos de tropa, en la orden del cuerpo por imperativo del artículo 137 “especificando la naturaleza de la falta y la duración del

castigo”, haciéndose de este modo una discriminación con el resto de los miembros de la Fuerza Armada a los que no se obliga a ver publicadas sus faltas y sanciones en medio público alguno, salvo el caso del pase a retiro. De hecho, nos parece evidente que esta obligación de publicación no es sino un castigo adicional malamente encubierto.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL RÉGIMEN VIGENTE EN VENEZUELA

A. LA POTESTAD DISCIPLINARIA. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

1. Límites institucionales de la potestad disciplinaria.

El primer límite de la potestad, y el más importante dentro de nuestro punto de vista, es el límite institucional, por cuanto la peculiaridad de la potestad disciplinaria militar, deviene a su vez, de la particularidad que la institución militar tiene respecto de la administración pública. Derivándose tal diferenciación del concepto de disciplina, tal y como lo veremos *infra*, constituyéndose entonces en el elemento distintivo de la institución, esa diferenciación le sobreviene a la potestad que vela por el cumplimiento y respeto a la nota más característica de la Fuerza Armada. De ahí, que no tenga sentido, como lo pretende el reglamento y hemos comentado *supra*, la aplicación de la normas de disciplina a personas ajenas a la Fuerza, pues a ella y solamente a ella, debe circunscribirse su régimen de aplicación.

La estructuración entre el concepto institucional y la potestad disciplinaria, es resumida por Nevado cuando señala

“De forma más precisa, la potestad sancionadora en el ámbito disciplinario militar se articula en el Título II de la Ley Disciplinaria Militar (arts 5 y 6), siendo el objeto de su existencia la protección y garantía del correcto desempeño de las funciones y misiones asignadas a las Fuerzas Armadas mediante el adecuado cumplimiento de las obligaciones o deberes que a todo militar le son exigibles. En este sentido, no podemos olvidar el especial respeto al valor *disciplina*, si bien, como hemos afirmado en el párrafo anterior, no será éste ni puede entenderse así que sea éste el fin exclusivo de las facultades que derivan del ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria.” decisión entre la disciplina y los fines constitucionales”⁹¹.

⁹¹ NEVADO, P. (1997). **La función pública militar**. Madrid: Marcial Pons. p. 357.

Es pues, la potestad disciplinaria un medio para la concreción de los fines institucionales, y por ello, también el instrumento idóneo para el cumplimiento de los deberes constitucionalmente asignados a la institución, todo lo cual es perfectamente aplicable al caso venezolano en la medida en que la disciplina tiene las mismas connotaciones en nuestro derecho que en el español, y como vimos en el primer capítulo, nuestras instituciones jurídicas militares son herederas directas de la tradición normativa española, como la mayoría de nuestro ordenamiento jurídico.

2. El ilícito disciplinario e ilícito penal.

Tal y como lo afirma Nieto⁹², esta discusión es una *vexata quaestio* en el derecho comparado, es decir, el querer dirimir la cuestión si las faltas disciplinarias son conceptualmente diferenciables o no de los delitos.

Sin la pretensión de acabar con tan vetusta discusión, iniciaremos la cuestión citando a una de las autoridades más importantes en materia de derecho penal militar, nos referimos a Rodríguez Devesa, quien al abordar el tema de las sanciones disciplinarias y las penales señala lo siguiente:

“La naturaleza de las faltas corregidas en el CJM (la ley evita cuidadosamente emplear la palabra pena en el título XV, que es el dedicado a las faltas, cuyas sanciones reciben el nombre de correctivos) es muy dudosa desde el punto de vista del derecho positivo, en el que radican graves contradicciones internas. No obstante, la no discriminación de las infracciones meramente disciplinarias y las penales, y, sobre todo, la tajante declaración de que las eximentes previstas en el art. 185 se aplican íntegramente a las faltas militares (Art. 191) y la adopción de la antijuridicidad general que se consagra en el artículo 202 a propósito de la responsabilidad civil, **hacen que técnicamente las faltas queden sujetas a los mismos principios estructurales que los delitos, esto es, que no les pueda negar naturaleza penal.** Especialmente se traduce esta índole en la preocupación, ausente en general de las demás legislaciones extranjeras, por afirmar también en las contravenciones el principio de la legalidad, a pesar de que no están jurisdiccionalizadas⁹³”. (énfasis propio)

⁹² Nieto, A. (2002). **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos. p. 19.

⁹³ Rodríguez Devesa, J. (1983). **Derecho Penal Español. Parte Especial** (9ª ed.). Madrid. p. 1260.

Es decir, este autor, dentro del área del derecho penal militar español considera la identidad sustancial entre las faltas y los delitos, considerando que en su estructura pueden considerarse idénticos. El mismo autor, en otra obra, señala que existen dos grandes modalidades de enfocar la diferenciación entre faltas disciplinarias y delitos, la primera buscaría el establecer una distinción cualitativa y la segunda buscaría una distinción cuantitativa, inclinándose por dicho autor por la segunda⁹⁴. Sin embargo, el citado autor no menosprecia la doctrina que se inclina por una diferenciación cualitativa y al efecto señala:

“La aportación más copiosa al tema de la independencia del “derecho penal administrativo” proviene de la literatura alemana, porque en Francia y en Italia el problema de la diferencia entre el injusto policial y el injusto criminal se ha venido considerando como perteneciente al círculo de la clasificación de las infracciones punibles por su gravedad, mientras que tradicionalmente los escritores germanos se elevan a un plano más general. El planteamiento moderno enlaza en las concepciones iusnaturalistas de la Ilustración y en el derecho penal de policía del Estado absoluto, que llega hasta fines del siglo XIX. Ya FEBUERBACH trató de oponer al injusto criminal un injusto administrativo de diferente naturaleza; para él la esencia del delito consiste en la lesión de un derecho (subjetivo), mientras que los llamados “delitos de policía” se prohíben bajo la amenaza de una pena “a causa del peligro para la seguridad y el orden jurídico”. La obra de GOLDSCHMIDT volvió a renovar la preocupación. El injusto administrativo sería la “omisión del apoyo a la Administración del Estado en cuanto está encaminada al fomento del bienestar estatal o público”. En cambio, los delitos serían aquellas acciones que la ley declara ilícitas, restringiendo la autonomía de la voluntad, la libertad de los individuos. GOLDSCHMIDT parte, por consiguiente, de una neta separación entre Justicia, de un lado, y Administración, de otro. El derecho penal administrativo consistiría en el “conjunto de aquellos preceptos en los cuales la Administración, en tanto tiene confiado el fomento del bienestar público, enlaza, bajo a forma de preceptos jurídicos y dentro del marco de una autorización jurídico-política, a la contravención de una disposición administrativa como tipo, una pena como consecuencia administrativa”. La trascendencia práctica, según GOLDSCHMIDT, es “irrelevancia de la diferencia entre dolo y culpa, la consiguiente impensabilidad de la participación, la presunción de culpabilidad, aunque también la admisión de prueba de la ignorancia disculpable del precepto administrativo infringido”, separación del derecho penal de policía del C. P., creación de tribunales administrativos *ad hoc* y abandono en el proceso penal administrativo del principio de legalidad, para sustituirlo por el de oportunidad”⁹⁵.

⁹⁴ Rodríguez Devesa, J. (1985). **Derecho Penal Español. Parte General**. 9ª ed. Madrid: Dykinson. p. 29.

⁹⁵ Rodríguez Devesa, J. (1985). Op. cit. p. 31.

Pese a lo anterior, es significativo que concluya sus análisis diciendo “No puede todavía, sin embargo, estimarse que hay un criterio seguro para delimitar la infracción administrativa de la penal”⁹⁶.

Termina este autor su estudio señalando que “parece que no es posible de *lege data* ni de *lege ferenda* encontrar un criterio suficientemente seguro para decir *ex ante*, con precisión lógica inexorable, qué conductas deben permanecer en el Derecho penal y cuáles deben ser sancionadas exclusivamente con sanciones de tipo administrativo”⁹⁷. Para esto el autor propone un análisis sobre las ventajas y desventajas que puede acarrear el jurisdiccionalizar las faltas administrativas con el recargo que ello puede implicar en los órganos jurisdiccionales, y por otra parte, las ventajas o desventajas que puede implicar, asimismo, el recargar a la administración para la sanción de algunos tipos penales. Es decir, entiende que al final se trata de una decisión de tipo político sobre la manera en que el Estado puede responder a las actuaciones antijurídicas en beneficio de la sociedad y en las circunstancias del momento normativo de que se trate, con lo cual existe un enorme número de variables, muchas de ellas metajurídicas, que podrían calificar una acción u omisión antijurídica como falta o delito de acuerdo con las líneas de pensamiento que temporalmente sean tomadas en consideración en una época.

Esta opinión es apoyada, entre otros por Fernández cuando dice que “no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo”⁹⁸ y finalmente la diferenciación entre falta o delito devendrá de la ley “sólo existe una posibilidad -legal, no doctrinal- de distinguir lo penal de lo disciplinario; posibilidad que no es otra que el acatamiento a los criterios políticocriminales seguidos por el legislador. La tipificación de faltas o delitos es “con total independencia de su naturaleza “real” en el campo científico”⁹⁹.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Ibid. p. 32.

⁹⁸ Fernández, J. (1.988). Notas sobre el Derecho Disciplinario Militar. **Revista Española de Derecho Militar**. 52. p. 91.

⁹⁹ Idem.

Para ampliar un poco lo dicho en relación con la teoría cualitativa debemos citar Gomes, que aunque es de cierta antigüedad, explica muy bien las bases de esta tendencia cuando indica que:

“En Francia los profesores ALFRED LÉGAL y JEAN BRETHER DE LA GRESSAYE, que han dado una noción general del Derecho Disciplinario, la completaron recordando que el derecho disciplinario no era otro que el derecho penal de las instituciones en el interior de la sociedad nacional y que comprendía forzosamente todos los principios generales de Derecho penal con excepción de aquéllos que por motivos particulares resultan excluidos, como es el caso de la norma “nulla poena sine lege”¹⁰⁰

Como puede apreciarse, la distinción cualitativa viene dada en circunstancias donde había un incipiente desarrollo del derecho disciplinario, al punto de obviarse elementos esenciales en la actualidad a toda sanción como sería su tipicidad, lo que evidentemente sería una enorme diferencia con el derecho penal en su rigurosidad tipificadora. En la misma época Gardón sostiene idéntica opinión¹⁰¹.

Análisis similar al de Rodríguez Devesa, por su parte, es el que realiza Mozo Seoane al decir que:

“En el orden sustantivo, todos los textos legales referidos han venido comprendiendo en su regulación tanto los “delitos” como las “faltas militares”, pero unos y otros regidos, como acertadamente ha puesto de relieve RODRIGUEZ DEVESA, por iguales principios y notas características; es decir, se trata de infracciones de igual naturaleza, aunque de distinta entidad. Por su parte, los preceptos concretos que hemos recogido como “antecedentes” se limitaban a referir las “penas” a los delitos y las “correcciones” como sanciones propias de las faltas: predicar -como invariablemente hacen tales preceptos- la misma consideración de unas y otras, “aunque tengan la misma naturaleza”, es contribuir bien poco a la clarificación de la materia. Parece, por el contrario, que el único criterio diferenciador era su cuantía, pero no justamente, su naturaleza, esto es, su régimen jurídico¹⁰².”

¹⁰⁰Gomes, M. (1959). Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las 2 acciones. Exposición sobre el derecho Militar del Brasil. **Revista Española de Derecho Militar**. 8. p. 75.

¹⁰¹Gardón, G. (1959). Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las 2 acciones. Primera parte. Disposiciones de fondo. **Revista Española de Derecho Militar**. 8. p. 24.

¹⁰²Mozo-Seoane, A. (1988). **Ilícito penal e ilícito disciplinario en el derecho militar**. Comentarios al Código Penal Militar. Madrid: Civitas. p. 178.

Tampoco comparte este autor una distinción entre faltas y delitos en razón de los distintos procedimientos en los que se sancionan, aunque declara que existe un esfuerzo por el Tribunal Constitucional español desde una decisión del 15 de junio de 1981, en la que pretende establecer un orden disciplinario no judicial, aunque estima que ello todavía no es más que un *desideratum*.

Explica con más detalle este autor las posiciones de distinción entre derecho disciplinario y derecho penal, pues describe que la llamada *diferencia cualitativa* implicaría que ambos órdenes protegen intereses de diversa naturaleza, es decir, cualitativamente diferenciados, siendo los del derecho disciplinario de orden interno, mientras que los derecho penal serían de orden externo¹⁰³.

Sin embargo, a pesar de su coherencia conceptual, este autor explica que el quiebre de esta posición empezó a manifestarse cuando se reconoció que el derecho penal y el derecho disciplinario “protegen ambos auténticos *bienes jurídicos*, es decir, intereses socialmente relevantes. Semejante conclusión constituye campo abonado para la postura exactamente opuesta a la que hemos venido comentando”, esto es, se pone en contra de la supuesta diferencia cualitativa entre derecho disciplinario y derecho penal, y pasa abordar lo relativo a la tesis de la diferenciación cuantitativa.

Así, señala que tanto de derecho penal como el disciplinario tienen la misma estructura y elementos y que sus respectivas sanciones “no son sino manifestaciones del mismo poder punitivo del Estado”¹⁰⁴ y que la diferencia estribaría en “en cuanto al sujeto activo, en un caso los Tribunales penales y en otro la Administración”¹⁰⁵ y que en cuanto a los ilícitos la diferencia estaría marcada por el diverso desvalor social que tendrán las faltas respecto de los delitos, mientras que las sanciones se diferenciarían porque las penales tendrían “cierto *plus* infamante”¹⁰⁶ que no tendrían las administrativas.

¹⁰³ Ibid. p. 182.

¹⁰⁴ Ibid. p. 183.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

Agrega finalmente Mozo Seoane que Octavio de Toledo pregona una tercera postura, de tipo ecléctico, según la cual habría un punto de unión o puente entre el derecho penal y el disciplinario de tipo sustantivo, siendo este el proteger igualmente bienes jurídicos, pero que lo que los diferencia es que protegen distintos bienes jurídicos.

Concluye su análisis este autor diciendo que:

“¿Cuál es la finalidad, y la razón de ser, de un Derecho Penal Militar?. Parece necesario reconocer que la existencia de una tal “rama” jurídica no tiene más fundamento que el de otorgar mayor protección, la máxima protección jurídica, precisamente a todos aquellos valores considerados esenciales para el funcionamiento y eficacia de la organización militar; la importancia que esos valores y principios tienen en la “sociedad militar” es la única justificación para que su tutela se encomiende al Derecho punitivo. Por ello, en nuestra opinión, esos valores son los mismos que tutela el derecho disciplinario, sin que sea posible encontrar diferencia material o de naturaleza entre las dos esferas; entre los ilícitos penal y disciplinario militares, la frontera es puramente cuantitativa, y por ende convencional, siendo el único criterio para trazar el mayor o menor desvalor que se quiera atribuir a cada conducta constitutiva del injusto; ese criterio no puede ser más que de oportunidad legislativa, esencialmente contingente y variable.”¹⁰⁷

Siguiendo a Mozo Seoane y Rodríguez Devesa, tenemos a Pérez, quien utiliza el concepto del principio de intervención penal mínima, según el cual el Derecho Penal sólo tutela derechos imprescindibles para el funcionamiento del ordenamiento jurídico, mientras que el derecho disciplinario estaría justificada por “la superior eficacia, agilidad y ejemplaridad del aparato organizativo interno frente a la complejidad de funcionamiento de la maquinaria judicial procesal”¹⁰⁸, es decir, habría una diferencia de grado en cuanto a los bienes jurídicos a proteger, aunque la naturaleza de ejercicio del *ius puniendi* del Estado seguiría teniendo una naturaleza unívoca.

Finalmente, Rojas también se pronuncia por la identidad entre sanciones penales y disciplinarias, pero con el matiz de que con la entrada en vigencia de la Ley Disciplinaria

¹⁰⁷ Ibid. p. 187.

¹⁰⁸ Pérez, J. (1990). **El principio de intervención penal mínima**. Reuniones de trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar. Madrid: Ministerio de Defensa. p. 64.

Militar, se está haciendo una distinción nominal de tipo cualitativo entre derecho penal y disciplinario pero que la identidad sustancia se mantiene¹⁰⁹.

En el mismo sentido, y dentro de los autores de derecho administrativo, se pronuncia Suay, cuando afirma que la potestad disciplinaria tuvo una marcada intención de contener finalidades distintas a las sanciones penales, pero como él mismo señala “eso no quita que para que, al compás del tiempo, se haya producido una *evolución* y una adaptación a las nuevas realidades. Las sanciones disciplinarias, como en general cualquier otra institución, ni son esclavas de su pasado, ni han quedado ancladas en el mismo.”¹¹⁰ Es decir, aún en el supuesto de que el origen de las sanciones disciplinarias fuese distinto al de las penales, la evolución de las disciplinarias con las acogidas de las garantías y principios del derecho penal, no ha hecho más que acercar dichas ramas.

Postura diferente tienen Balado y Calonge quienes afirman que

“...por lo que hace referencia a si el Derecho disciplinario es Derecho administrativo Derecho penal, la cuestión, como hemos escrito al inicio de estas páginas, es irresoluta, aunque nosotros nos inclinamos a situarlo dentro del Derecho Administrativo, a la vista de la regulación y tratamiento que se opera en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre.”¹¹¹ p. 2476.

La ley a la que hacen referencia estos autores es la Ley Disciplinaria Militar, dictada en la fecha indicada y que separó definitivamente del Código Penal Militar lo relativo a las sanciones y le impuso un procedimiento de tipo administrativo con posibilidad de ser recurrible la decisión en casación, con la notable excepción de las sanciones por faltas leves, lo que posteriormente fue corregido mediante la reforma del año 1998¹¹², por el que toda decisión disciplinaria podía ser recurrida ante los órganos jurisdiccionales.

¹⁰⁹ Rojas, J. (1990). **Derecho disciplinario militar**. Madrid: Tecnos. p. 34.

¹¹⁰ Suay, J. (1989). **Sanciones administrativas**. Bolonia: Real Colegio de España. p. 68.

¹¹¹ Balado, M., y Calonge, A. (1988). **La aplicación de los principios constitucionales al Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas**”. Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución Vol. IV. Madrid: Ministerio de Justicia. p. 2.476.

¹¹² Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 289, del 3 de diciembre de 1998.

En la doctrina venezolana debemos citar a Chiossone cuando indica que:

“Para traer aquí un concepto sobre la sanción disciplinaria, distinto del de sanción penal y del de sanción administrativa, diremos que acogemos la teoría o corriente científica que asigna a la sanción disciplinaria un carácter netamente administrativo. La sanción disciplinaria es una pena que se impone como consecuencia de “una relación especial de supremacía”, y salvo lo referente al poder disciplinario de los institutos privados, corresponde siempre a un órgano de la administración. La sanción disciplinaria se refiere siempre, y por lo general, a la violación de deberes de los funcionarios frente a la administración, aunque también podríamos dar el carácter de tales sanciones a algunas que se aplican a los ciudadanos por violación de ciertos deberes, y que en nuestro Derecho se denominan “sanciones civiles” (Art. 131 del Código Civil)¹¹³.

Con esto, el ilustre Profesor Chiossone, se coloca en la tendencia de la diferencia cualitativa entre derecho disciplinario y derecho penal, estableciendo una motivación y un origen diferentes a las sanciones de uno y de otro. Ahondando en tales supuestos, en autor citado señala que lo que ocurre con las sanciones administrativas “principios penalísticos se transportan al derecho administrativo” pero que evidentemente, la diferencia sustancial está siempre presente¹¹⁴.

En un sentido parecido, y más recientemente, y limitado exclusivamente al derecho administrativo, Araujo señala que las sanciones disciplinarias se sitúan dentro del contexto de una relación de sujeción especial, es decir de orden interno, en contraposición con las sanciones administrativas a particulares que serían de orden general¹¹⁵.

Por el contrario, Sosa se pronuncia por la tesis de la identidad sustancial, y al respecto señala que:

“A nuestro entender desde el momento en que se aceptó que el Derecho Penal Sancionador y el Derecho Administrativo Sancionador, son manifestaciones del poder punitivo del Estado, paulatinamente, se fue reafirmando la naturaleza constitucional de

¹¹³Chiossone, T. (1973). **Sanciones en Derecho Administrativo**. Caracas: Universidad Central de Venezuela. p. 39.

¹¹⁴Ibid. p. 41.

¹¹⁵Araujo, J. (1998). **Tratado de Derecho Administrativo Formal**. Valencia: Badell. p. 474.

tal poder, al punto que los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad, se refieren como aplicables indistintamente a ambas instituciones”¹¹⁶

Con esto tenemos un panorama según el cual la mayoría de los autores se inclina por buscar una identidad en las diversas manifestaciones del poder punitivo del estado, porque efectivamente la tesis cualitativa, con el desarrollo del derecho disciplinario, dejó de tener fundamento, pues no todas las conductas consideradas sujetas al derecho disciplinario buscan la protección del orden interno, y poniendo como ejemplo la materia de este trabajo, a saber, la disciplina militar, si bien la mayoría de las conductas tipificadas son relativas al orden interno, también las hay vinculadas, como hemos visto *supra* al orden público (no informar sobre brotes facciosos o propagar noticias que causen alarma, por ejemplo), por lo que no se sustenta la hipótesis de un ordenamiento dirigido exclusivamente a su orden interno, tanto más cuando las conductas antijurídicas no sólo pueden ocurrir al interior de la institución, sino que por el contrario, al parte de la Fuerza Armada de la sociedad a la que sirve, fatalmente ocurrirán conductas antijurídicas de militares dentro de esa sociedad, por lo que al ocurrir esto, es lógicamente imposible que haya una igualdad conceptual entre los bienes jurídicos a proteger en uno y otro caso.

Además, y confirmando lo anterior, en el derecho penal también es posible encontrar delitos que por su naturaleza respondan a estos mismos bienes jurídicos.

Por otra parte, no es menos acertada la tesis que busca englobar el derecho penal y el derecho sancionatorio dentro del *genus* del poder punitivo del estado o *ius puniendi*, pues efectivamente dentro de este deben ser considerados, y por lo mismo, están sujetos a los principios constitucionales que rigen, por igual la materia. Esta distinción, hace algunas décadas, no era posible, toda vez que había principios como el de tipicidad e incluso en el de la tutela judicial efectiva, que no eran reconocidos en el derecho disciplinario, pero la evolución del mismo, como lo reconocen la mayoría de los autores, hace que haya cada vez más identidad entre las garantías dadas por el derecho penal y las que reconoce el derecho disciplinario, y en tal razón, parece justificado el enmarcarlos, más que en la búsqueda de

¹¹⁶Sosa, C. (1996). **La naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria**. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. p. 195.

matices diferenciales, en los elementos comunes que ambos tienen de protección a la persona, en razón del obligado cumplimiento de los preceptos constitucionales.

Finalmente, convenimos en que si ambos responden a las políticas legislativas del momento, así como a la apreciación social de los actos u omisiones antijurídicos que deben sancionar, encontramos la dificultad de establecer una frontera lineal y clara respecto a las diferencias internas entre uno y otro ordenamiento. Basándonos en ello, comulgamos con Nieto cuando manifiesta su sorpresa “por el ingenio y la erudición que se han gastado en el análisis de estas cuestiones”¹¹⁷, y en nuestro modesto entender, más que precisar las diferencias conceptuales, e incluso ideológicas, cuando se determinan sanciones disciplinarias de penales, lo fundamental, en tanto a la persona humana, es el respeto de las garantías y de los derechos que la Constitución y los Tratados internacionales le reconocen, pues de hacerse esto, sobran los análisis y se hace un servicio a la justicia, único que fin hace aceptable al derecho.

B. La disciplina.

1. La doctrina.

De acuerdo con Gillisen, el derecho disciplinario nace con los ejércitos nacionales, con las Fuerzas Armadas que ya no defienden a un señor feudal, sino que están vinculadas al soberano y a la nación que él representaba, de ahí que declare que el derecho disciplinario data de los siglos XV y XVI¹¹⁸. Evidentemente, es desde esa época en la que se hizo necesario el establecimiento de normas que regularan las contravenciones a los deberes militares. Se afirma esto haciendo la salvedad de que efectivamente ha habido ejércitos con disciplina férrea desde la antigüedad (como por ejemplo, la famosa disciplina romana), pues la guerra es uno de los actos humanos más antiguos, pero dada la vinculación de los ejércitos modernos al concepto de nación y de poder central, preferimos ubicar como antecedente del hecho disciplinario a los ejércitos nacidos con los estados nacionales. De ahí que recordemos lo dicho por Nevado sobre la disciplina:

¹¹⁷Nieto. Op. cit. p. 19.

¹¹⁸Gillisen, J. (1977). Derecho Penal Militar y Derecho Disciplinario Militar. **Revista Española de Derecho Militar**. 33/34. p. 22.

“la relevancia de la disciplina en el conjunto de las Fuerzas Armadas coloca al personal militar en un posición peculiar que se traduce en un régimen de mayor gravedad y rigor, tal y como se evidencia en una de sus más evidentes manifestaciones: la posibilidad de imponer sanciones que directa o subsidiariamente conlleven privación o restricción de libertad...”

De ahí que sea la disciplina el elemento diferenciador de la institución castrense respecto del resto de la administración pública, y ello comporta, según Robert que la disciplina tenga las siguientes manifestaciones: 1) Total disponibilidad, esto es, que el militar se someta enteramente a la autoridad jerárquica para la realización de los fines institucionales; 2) Que, como consecuencia de lo anterior, se manifieste el deber de obediencia; y 3) la neutralidad política, en tanto consecuencia de las razones anteriores¹¹⁹. No creemos que ninguna de las razones expuestas por el autor mencionado no sean aplicables al caso venezolano, y muy por el contrario están vigentes en el mismo, cuando la propia Constitución establece el carácter no partidista de la institución, como vimos *supra*.

Rojas considera que el concepto más aceptado de disciplina es el de Intelisano, según el cual disciplina es “el conjunto de normas de conducta –constituida por derechos y deberes- que los militares deben observar en el cumplimiento del servicio y, en casos limitados, fuera de él, evidenciando cómo frente al deber se manifiesta no sólo el poder o la atribución, sino también el derecho”¹²⁰. Si bien esta definición abarca mucho, no incluye la necesidad de que dichas obligaciones y derechos estén plasmados en normas de derecho positivo, de modo de evitar la arbitrariedad o la subjetividad en la verificación de las acciones que se llevarían a cabo en ejecución de los fines institucionales.

Por su parte, analizando las diversas definiciones y facetas de la noción disciplinaria Montull señala que efectivamente la disciplina puede ser entendida primeramente como una regla y al mismo tiempo como una sanción, pero reconoce que en el derecho militar, la noción de disciplina se acerca más a la primera acepción que a la segunda, pero adicionalmente, implicaría connotaciones específicas pues conllevaría, además de la evocación de regla, a “una

¹¹⁹ Robert, J. (1989). *Libertes publiques et armee. La spécificité militaire*. Paris. p. 100.

¹²⁰ Rojas, J. Op. cit. p. 36.

regla moral, a una regla de conducta, que asume aspectos éticos del comportamiento militar (fidelidad, honor, decoro, lealtad, coraje, obediencia, buenos modos y costumbres)”¹²¹ de aquí que se justifique aquella opinión según la cual la disciplina militar es como una “regla de vida, y consecuentemente, como observancia de tal regla, es decir, substancialmente, como complejo de las virtudes militares”¹²².

Sin embargo, pese a que estamos de acuerdo con lo expuesto, dentro de un punto de vista estrictamente jurídico, nos parece que la definición de Montull sobre las implicaciones legales de la disciplina es la que debemos acoger como la más apropiada al ámbito del presente trabajo cuando afirma:

“la noción jurídica de disciplina militar cabría articularla como el conjunto de las normas, diversamente positivadas, que regulan los deberes y situaciones jurídicas vinculadas al status militar”¹²³

Así, la disciplina, en el ámbito jurídico está conformada por las normas de derecho positivo, con independencia de su fuente, que establecen, por un parte, desde un punto de vista de la misión institucional, las obligaciones que conlleva la actividad militar, y por otro lado, desde el punto de vista del sujeto que debe realizar dichas actividad, la situación del mismo respecto de esa institución, con lo que se imbrican todas las posibilidades que están presentes en la idea de disciplina.

Es pues la disciplina, el elemento central de la institución militar, en tanto esta se alimenta en su concreción y es la que permite el cumplimiento de los fines que se le proponen tanto por vía constitucional o legal.

2. La jurisprudencia.

¹²¹ Montull, E. (1995). **La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas**. La función militar en el actual ordenamiento constitucional español. Valladolid: Trotta. p. 138.

¹²² Montull, E. Op. cit. p. 139.

¹²³ Idem.

Para conocer lo dicho por los órganos jurisdiccionales respecto de la disciplina, debemos en primer lugar, mencionar la famosa Sentencia Engel del 8 de junio de 1976, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el que se recurrió una decisión disciplinaria militar. Este órgano jurisdiccional en la sentencia indicada reconoció lo siguiente:

“Con ocasión de la elaboración y consiguiente aplicación del Convenio, los Estados contratantes poseían en su gran mayoría fuerzas de defensa y, en consecuencia, un sistema de disciplina militar, lo que implicaba la posibilidad sobre ciertos derechos y libertades de los miembros de tales fuerzas de limitaciones de imposible aplicación a los civiles”¹²⁴.

Con esta decisión, el Tribunal europeo reconoce que la sola presencia del elemento disciplinario en el estamento armado justifica la limitación de derechos, y además, como punto previo, llega a tal conclusión por el sólo hecho de que los países contratantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos tuvieran fuerzas armadas, con lo cual, hace consustancial a la idea de fuerza armada la de disciplina, confirmando lo que anteriormente señalamos respecto a la naturaleza inmanente que tiene la disciplina respecto de la institución castrense, pues no pueden concebirse una sin la otra, con independencia de otras características que pueden hacer diferente una Fuerza Armada de otra.

Al no haber decisiones del máximo tribunal de la República al respecto, tuvimos que recurrir a decisiones de otros países, encontrándonos la siguiente emitida por el Tribunal Supremo español:

“los delitos contra la disciplina atienden a la cohesión y al mantenimiento del buen orden en los Ejércitos necesarios para dotarles de la eficacia precisa a la satisfacción de sus objetivos. La disciplina viene así entendida como una ordenada y estricta observancia del sistema normativo disciplinario en el que hay que considerar incluidos los tipos delictivos constituidos de los llamados delitos contra la disciplina”¹²⁵.

Esta decisión, si bien en rigor abarca los elementos básicos del concepto, esto es, el cumplimiento de los deberes militares, tiene un cariz demasiado marcado hacia la sanción que

¹²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia. 1959-1983 (1985). Madrid: Cortes Generales. p. 316.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo español del 22 de marzo de 1989, ponente Luis Tejada González

le resta generalidad, en la medida en que si bien el no acatamiento de los deberes comporta la represión de la conducta contraria a dicho acatamiento, lo cierto es que esto es más una consecuencia de la disciplina que un elemento constitutivo de la misma.

La evolución de la sociedad también implica la evolución de su fuerza armada, y por ello, es manifiesto que los cambios que operan en la primera tienen su reflejo en la segunda, y siendo así, es evidente que una fuerza armada que en el siglo XIX, y buena parte del XX, nutría sus cuadros mediante la fuerza de la coloquialmente llamada recluta, no puede tener las mismas características que una fuerza que se constituye por la libre voluntad de los ciudadanos y ciudadanas que deseen pertenecer a ella.

Estas son, entre otras circunstancias, el desarrollo de un estado de derecho, el mejoramiento de un sistema democrático, del mayor nivel educativo de la población, etc., tiene su necesaria incidencia en la institución castrense, y de esta necesaria evolución, nace el concepto de disciplina persuasiva, pues como señala Fernández, tal disciplina no sólo debe operar en tiempos de paz, sino también en situaciones de conflicto, pues la iniciativa se ha convertido en una exigencia de más trascendencia que el rígido cumplimiento de la disciplina, afirmación que compartimos plenamente en la medida en que tenemos el convencimiento que los deberes se cumplen más eficazmente en tanto se comprenden las razones que los informan y los fines a los que responden¹²⁶.

C. Principios del derecho disciplinario.

1. La aplicabilidad de los principios penales.

Como hemos estudiado al analizar lo correspondiente a la supuesta diferenciación entre derecho penal y derecho disciplinario, una situación no discutida por la doctrina es que el derecho disciplinario ha ido evolucionando y tomando los principios y garantías de derecho penal, de modo de proteger al sujeto sancionado y evitarle en lo posible una actuación arbitraria por parte del funcionario que tiene la potestad de dictar una sanción que puede tener,

¹²⁶ Fernández, F. (1987). El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar. **Revista de Derecho Militar**, 44-50, p. 103.

como el caso militar, serias implicaciones en la esfera jurídica del primero. Siendo así, más que una mera enunciación de los más importantes principios del derecho penal aplicables al derecho disciplinario militar, nuestra labor está orientada a determinar si en nuestro ordenamiento, dichos principios son respetados por el ordenamiento disciplinario, pues sobre la conceptualización y profundización de cada uno de estos, es preferible buscar bibliografía más especializada en esa materia.

2. Principios de derecho sustantivo.

a. Principio de la legalidad y reserva legal.

Como lo expresa Araujo, el principio de la legalidad tiene varias aristas, además de la obvia de que la regulación de la actuación administrativa, en general, y la disciplinaria, en particular, estén señaladas por normas de rango legal. Para este autor, el principio de la legalidad en materia disciplinaria, tiene varias manifestaciones, y describe, en primer lugar, la imposibilidad de que la materia sancionatoria de que exista infracción ni sanción administrativa, sin norma que las contenga, o por normas de rango menor, siempre que se cumplan con los términos expresados por la jurisprudencia¹²⁷. Sobre este señalamiento, efectivamente la jurisprudencia, ha establecido que es posible la determinación de falta y sanciones por reglamentos, siempre que haya una habilitación legal expresa (Sentencia de la Sala político administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del de junio de 1986, caso Difiedemer), pero la sentencia no hace mención de que ello pueda ocurrir en el caso de sanciones que impliquen penas privativas de la libertad personal, y por eso consideramos que ello no es posible por cuanto existe una reserva legal sobre la materia dado que se trata del desarrollo de un derecho constitucional, aunque sobre esto, como hemos señalado, la jurisprudencia no ha hecho un dictamen expreso.

Si a lo expuesto agregamos que el artículo 41 de la Constitución al establecer que la libertad personal es inviolable, añade que “Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada

¹²⁷ Araujo, J. (2007). **Derecho Administrativo**. Parte General. Caracas: Paredes. p. 719.

ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención”, no puede operar entonces detención alguna por parte de autoridad administrativa más allá del límite impuesto constitucionalmente, y dada la enorme diferencia entre el máximo constitucional y el máximo de pena establecido en el Reglamento (90 días) es manifiesta, evidente, y hasta grosera, la inconstitucionalidad del Reglamento por poner en manos de una autoridad administrativa materias que son de la exclusiva competencia del poder judicial, convirtiéndose toda detención militar originada en la administración mayor de dos días en una flagrante usurpación de funciones y en una violación a los derechos constitucionales del sancionado.

Podría argüirse contra lo expuesto que la norma constitucional está vinculada exclusivamente al ámbito de los delitos, dado que las faltas pueden ser sancionadas por la administración, pero en primer lugar, creemos que en la interpretación de la norma indicada debe utilizarse el viejo aforismo “donde no distingue el legislador no debe distinguir el intérprete”, y en segundo lugar, si bien la norma no hace distinción respecto si a la detención es originada por la comisión de un delito o de una falta, en lo que respecta al principio de reserva legal la Constitución hizo una equiparación total entre faltas, delitos e infracciones, por lo que en una interpretación no sólo contextual, sino además *pro homine*, debe entenderse, lo mismo que en el caso de la reserva legal, que esta garantía debe ser extendida también a las detenciones administrativas por faltas.

El segundo aspecto del principio de la legalidad según este autor vendría dado por la tipicidad, que se parte de un título aparte abordaremos en su momento.

El tercer aspecto, de acuerdo con Araujo sería “el respeto al principio de prohibición de indefensión”¹²⁸. En cuarto lugar, considera este autor, que el principio de legalidad también implica el control o revisión de los actos de la administración tanto por la misma administración a través del mecanismo de los recursos administrativos, como a través de la revisión por parte de los órganos jurisdiccionales con competencia en la materia administrativa. En última instancia, estima el citado autor que el principio de la legalidad

¹²⁸ Ibid. p. 720.

también conlleva que la norma que prevea la infracción y la sanción sean previas a la conducta sancionada de modo que no haya retroactividad de la misma¹²⁹.

Tal y como se afirmó al momento de analizar la vigencia del Reglamento de Castigos disciplinarios, y con independencia de la decisión de la Sala político-administrativa del Tribunal Supremo que creó la nueva categoría jurídica denominada “reglamento equiparable a una ley”, lo cierto es que la realidad histórica incontrovertible hace concluir que el principio de legalidad, junto con el de reserva legal establecidos en nuestra Constitución para los delitos y faltas ha sido vulnerado, y es nuestra convicción que ello también ocurría durante la vigencia de la Constitución anterior, de modo que la violación de garantías personales por parte del Reglamento es algo que puede determinarse en décadas más que en años.

Sin embargo, queda la esperanza de que con la entrada en vigencia de la nueva Ley de la Fuerza Armada Nacional que en su artículo 73, establece la obligación de dictar una Ley Disciplinaria Militar, se termine la vigencia de este Reglamento pese al cual ha habido un desarrollo democrático y positivo en nuestra Fuerza Armada. Sin embargo, dicha esperanza queda un poco menguada, cuando al hacer una consulta en la página web de la Asamblea Nacional¹³⁰, se puede constatar que no existe siquiera un anteproyecto de ley presentado ante esa instancia, por lo que sólo cabe esperar que dicho vacío se llene lo antes posible.

b. Principio de tipicidad.

Esta garantía, derivada de la anterior, exige no sólo la existencia de una norma legal en la se determinen las conductas u omisiones que serán consideradas como faltas o delitos, sino que la descripción de tales conductas u omisiones, sea previa, debe estar contenida en una norma de derecho positivo, ser clara y expresa, no dé lugar a confusiones, y permita establecer los elementos conceptuales de la conducta antijurídica de modo de facilitar la aplicación de la norma sin dudas respecto a que el supuesto de hecho normativo no se ajuste efectivamente a los hechos que en cada caso se establezcan como probados.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Ver: <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/index.asp>. Consulta realizada el 1º de julio de 2007.

En ese sentido, Araujo señala, como indicamos *supra* que la tipicidad es una de las manifestaciones del principio de la legalidad, y al respecto afirma que la tipicidad conlleva “que la conducta antijurídica (infracción administrativa) y su sanción deben estar no sólo previstas en una norma preexistente de rango legal (legalidad de sanción), sino descritas con la suficiente concreción de todos sus elementos, de modo que se excluya la interpretación analógica o las cláusulas abiertas”¹³¹.

Siguiendo con lo anterior, la tipicidad comporta la determinación clara de los tipos sujetos a sanción, de modo que no haya ambigüedades a la hora de ubicar los hechos de que se trate en la respectiva conducta a ser reprimida. Esto, a pesar de tenerse la idea de que la institución castrense es una en las que todo está claramente predeterminado, no ocurre en todos los casos en el Reglamento de Castigos Disciplinarios donde, por ejemplo, el artículo 109 establece:

“Constituyen faltas del deber militar:

b) Las omisiones o acciones **no especificadas en este Reglamento** ni calificadas como delito por el Código y que se practiquen contra la Bandera, el Himno y el Escudo Nacionales, símbolos patrióticos e instituciones nacionales; contra la honra y el pundonor individual militar; contra el decoro de la profesión; contra los preceptos sociales y las normas de la moral; contra los preceptos de la subordinación, reglas, o disposiciones dictadas por las autoridades competentes” (énfasis propio).

Lo burdo del exabrupto de esta norma deja poco al análisis, pues según la misma, queda a criterio del superior que imponga la sanción el determinar la conducta susceptible de sanción con independencia de que este preestablecida o no, tal y como exige el principio de tipicidad. Es decir, ya no sólo se viola el principio de reserva legal al tener faltas establecidas en normas de rango sublegal, sino que además esta norma sublegal permite el establecimiento de nuevos tipos, de acuerdo con el criterio que establezca el superior, sin prácticamente límite de materias, pues la habilitación abarca cualquier “disposición dictada por las autoridades competentes”.

De este modo, el tipo establecido no será ni previo, ni estará en una norma de derecho positivo, ni será claro y expreso, por cuanto queda a la subjetividad del superior, por lo que

¹³¹ Araujo, J (2007). Op. cit. p. 720.

resulta evidente, que prácticamente cada uno de los elementos que conforma la tipicidad resultan violados con la norma antes descrita, a la que hemos preferido citar respecto de otras que contienen conceptos ambiguos (como la violación de preceptos morales) dado el manifiesto carácter violatorio de la garantía de tipicidad establecida en la norma indicada.

c. Principio “non bis in idem”.

Entre los elementos que conforman el derecho al debido proceso, el artículo 49 de la Constitución en su numeral 7 señala que “Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”, con lo cual parece que los procedimientos administrativos no estarían incluidos, pero ello no es así por cuanto el encabezado del artículo 49 señala que “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas” y continuación pasa a señalar los elementos que lo componen, por lo que la acepciones “juicio” y “juzgada” no han de entenderse sólo en el ámbito de los órganos jurisdiccionales, sino también respecto de los procedimientos administrativos.

Si pese a lo anterior, quedase alguna duda al respecto, y a favor del Reglamento, debe indicarse que en este supuesto el mismo es claro cuando en su artículo 98 señala que “Una misma falta no podrá ser castigada por dos superiores, a la vez, ni con dos castigos diferentes, a menos que se trate de imponer, como accesoria, rebajar los sub-oficiales y clases a soldado raso”, esto también ocurre en el caso de las reprensiones en los que al arresto severo puede agregarse como accesoria la reprensión pública.

Ahora bien en esta situación, consideramos que una pena accesoria, por su naturaleza debe tener un carácter aflictivo menor que la principal, y es verdaderamente discutible que un arresto de varios días sea de mayor entidad que el equiparar a un soldado raso alguien que obtuvo su jerarquía luego de años de servicio, lo que además comporta la correspondiente disminución salarial en razón del cambio de jerarquía, por lo que la accesoriedad en este caso es perfectamente cuestionable.

d. Principio de prescripción.

De acuerdo con el artículo 107 del Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, “la facultad de imponer castigos disciplinarios, por una falta cometida, prescribe a los tres (3) meses, en cada caso”, con lo cual parecería que la prescripción empezará en el mismo momento de la comisión de la falta, lo cual dado lo breve del lapso, no parece lo más adecuado para el mantenimiento de la disciplina, en la medida en que el infractor puede justamente utilizar este tiempo para encubrir su falta.

A esto puede alegarse que en primer lugar, existe la obligación de supervigilancia por parte del superior. De ahí que de no darse cuenta de la comisión de la infracción, él mismo estaría incurriendo en una falta a la disciplina militar, por lo que la misma sería servida con la sanción al negligente en la vigilancia del cumplimiento de los deberes militares. En segundo lugar, de hacer encubrimiento por parte del infractor, aún cuando la falta no se detecte por esta razón, el hecho mismo del encubrimiento también sería una falta por lo que en todo caso podría ser sancionada la acción u omisión antijurídica contra los deberes militares, y lo que es más importante, mantener incólume la vigencia de la disciplina dentro de la institución castrense.

Nos encontramos entonces que el iniciar la prescripción con el momento de la comisión de la falta, si bien en algún caso puede dejar impune la comisión de la misma, no necesariamente esto puede perjudicar la disciplina en la medida que puede servir de control tanto para el subalterno como para el superior llamado a supervisarlo.

e. Principio de presunción de inocencia.

Dentro de los elementos estructurales del debido proceso, la Constitución en su artículo 49, numeral 2 señala que “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”, Dado que no existen reglas en el Reglamento respecto de la apreciación de pruebas, sólo tenemos que el mismo establece en su artículo 133 que es necesario que el superior “haya comprobado la falta”, así como el artículo 131 que señala que el superior “deberá fijar precisamente el motivo” de la sanción, pero nada dice en los casos en los que si bien se tenga conocimiento pleno de una sanción no haya pruebas de su autoría respecto del sujeto

investigado, pues el artículo 86 establece que “Las autoridades con facultades disciplinarias deben proceder con estricta imparcialidad; y cuando el hecho castigable no sea evidente, ya por propia observación, ya por una parte oficial, o por confesión del inculpado, y en general siempre que existan dudas sobre los hechos y sobre las culpabilidades, deberá hacerse la investigación correspondiente”. Es decir ante la duda en la determinación de una falta o de la culpabilidad de quien la pudo realizar, hágase una investigación, pero no se señala nada en los supuestos en que haya una investigación y no se tengan pruebas concluyentes de la responsabilidad del encausado.

En beneficio del Reglamento, debemos señalar que se considera falta grave el “Imponer castigos injustificados, sea por obedecer al impulso del momento sin haber obtenido las pruebas correspondientes, sea por abuso o por extralimitación de sus atribuciones disciplinarias”, por lo que podría concluirse que sin pruebas no se puede o no se debería castigar.

A este respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha indicado que “El derecho constitucional a la presunción de inocencia, sólo puede ser desvirtuado cuando se determina definitivamente la culpabilidad del sujeto inculcado, luego de un procedimiento contradictorio”¹³², es decir, sin un contradictorio, y sin los elementos propios del mismo, esto es, sin las pruebas que determinen la responsabilidad, resulta evidente que se mantiene la presunción constitucional en comento.

Visto esto, y dado que el principio de presunción de inocencia es de rango constitucional, debe operar la aplicación del mismo en estos casos con independencia de lo que señale el Reglamento, aunque como evidenciamos, ello no ocurre.

g. Principio del derecho a la defensa.

El derecho a la defensa no es precisamente respetado cabalmente en el proceso disciplinario, pues si bien, como hemos visto, el Reglamento exige que se oiga al encausado, no debemos

¹³² Sentencia N° 113 de fecha 27 de marzo de 2003, de la Sala de Casación Penal, Expediente N° C03-0065.

obviar que estamos en presencia de una potestad puede poner a una persona en una celda hasta por 90 días, con lo cual, pareciera que el apenas escuchar a una persona en medio de un procedimiento prácticamente en su totalidad oral, no parece una garantía suficiente, por lo que en casos de imposición de penas restrictivas de la libertad lo lógico sería que se llevase un procedimiento no sólo por escrito y con el debido levantamiento de un expediente, sino que además con un lapso suficiente que permita al encausado el elaborar su defensa y presentar o promover las pruebas que considere oportuna.

Lo dicho tiene su respaldo no sólo en los diferentes numerales del artículo 49 de la Constitución establecen los elementos constitutivos del derecho a la defensa, sino que además ha sido desarrollado por el máximo tribunal de la República, el cual al efecto ha señalado lo siguiente:

“se concibe el derecho a la defensa, entre otras manifestaciones, como el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna, si el administrado no cuenta con esta posibilidad; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa a los efectos de que le sea posible al particular, presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aún si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, justamente con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento, las actas que lo componen, de tal manera que con ello pueda el particular obtener un real seguimiento de lo que acontece en su expediente administrativo. Asimismo, se ha sostenido doctrinariamente que la defensa tiene lugar cuando el administrado tiene la posibilidad de presentar pruebas, las cuales permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración y finalmente, con una gran connotación, el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa, a objeto de ejercer esta última frente a los actos dictados por la Administración” (Sentencia N° 01279 de la Sala político-administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de junio de 2001, Expediente N° 15613).

Del dispositivo citado, claro es concluir que en un procedimiento donde no se presenten previamente a la decisión, los cargos que se imputan, donde no se permiten lapsos para promover o evacuar pruebas, donde ni siquiera hay expediente al que tener acceso, no hay derecho a la defensa. Lo dicho ha sido ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo cuando expresó “que la violación al derecho a la defensa existe cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarlos, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, se les prohíbe realizar actividades probatorias o no se les

notifican los actos que los afecten” (Sentencia N° 02 de fecha 24 de enero de 2001, Expediente N° 00-1023 de fecha 24/01/2001), por lo que resulta clara la inexistencia de los condicionantes antes mencionados en régimen disciplinario militar venezolano.

En consecuencia, podemos concluir que el que se oiga simplemente al encausado, con indiferencia de la sanción a imponer, es un cumplimiento meramente formal de la obligación constitucional de garantizar el derecho a la defensa a todo ciudadano. Si a lo anterior agregamos que no existe un procedimiento claro y determinado, y que el procedimiento se lleva a cabo en garantía del derecho a la defensa, tenemos que el incumplimiento en este sentido tiene no una sino varias manifestaciones, todas ellas de suma gravedad.

h. Principio de proporcionalidad.

Este principio está contenido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo que establece que “Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

Con esto, el principio de proporcionalidad se erige en límite de la potestad disciplinaria y como lo señala Araujo sea la “exigencia de una relación, de una adecuación entre los medios empleados por la Administración y los fines que persigue”¹³³, es decir no sólo es un deber de justicia establecer una sanción proporcional al hecho que la origina, sino que además de no hacerse así se desvirtuaría el fin de la Administración al sancionar.

Este principio ha sido recogido en el Reglamento cuando en su artículo 94 se establece que “Los castigos deben imponerse con la necesaria moderación y progresividad de cada falta, a fin de que conserve toda su eficacia”. Con esta norma el reglamentista, en la misma línea de

¹³³ Araujo, J. (2007). Op. cit. p. 721.

Araujo, estima que de no haber una relación entre la sanción y los fines de la misma, al aplicarse una sanción desproporcionada se incumple con el fin institucional.

Pese a lo expresado, tal situación tiene una dificultad práctica en la disciplina militar, por cuanto, las sanciones en esta área no se imponen por criterios objetivos vinculados a la gravedad de la falta, su naturaleza, las atenuantes y agravantes, sino, simplemente, por el mero hecho de la jerarquía de quien impone la sanción. Esto es el resultado de la inexistencia de un procedimiento administrativo previo, pues de haberlo, al determinarse la gravedad de la falta se elevaría el caso a la autoridad con competencia para imponer la sanción, pero como ello no ocurre en el derecho militar actual, se tendrá mayor o menor sanción dependiendo del grado o jerarquía del superior que conozca de la sanción, lo que da poco margen para que la proporcionalidad sea respetada en tanto que una falta puede ser cometida en la misma área de responsabilidad por el mismo tipo de individuo, y pese a ello, en flagrante violación al principio de igualdad ante la ley, tener sanciones completamente diferentes, tanto cuantitativa como cualitativamente.

3. Principios de derecho adjetivo.

a. Competencia.

Como señalamos al momento de comentar quienes podían ser los sujetos activos a la hora de imponer una sanción, esto es, la competencia para ejercer la potestad disciplinaria, nos encontramos en este caso en uno de los supuestos más oscuros y ambiguos del Reglamento, dado que por razones históricas no podía establecerse las competencias respecto de los grados, evidenciado en el curioso hecho, por ejemplo de que no se le reconoce potestad disciplinaria a los generales (ver artículo 121), sino que a partir del grado de Coronel se determinan las potestades según empleos (Comandante de Unidad Superior, Comandante de División) que no responden claramente a las divisiones actuales del trabajo en la Fuerza Armada, y que según el organigrama actual de la institución disponible en su página web¹³⁴, por lo menos no se denominan de la misma manera. Por otro lado, debe agregarse que al momento en que se

¹³⁴ Ver: http://www.ejercito.mil.ve/ejercito/index.php?option=com_content&task=view&id=20&Itemid=52. Consulta realizada el 1º de julio de 2007.

dictó el Reglamento no existían los grados correspondientes a los Suboficiales Profesionales de Carrera, militares de jerarquía mayor que los Suboficiales de Tropa, por lo que al no estar incluidos, no sólo los generales sino también los militares indicados, tienen potestad disciplinaria, lo que el caso de los Suboficiales Profesionales de Carrera tiene menos sentido que en el caso de los generales, por ser mayor su número y más su cercanía con la cotidianidad de la Tropa.

Adicionalmente a lo anterior, el establecimiento de la competencia según empleos queda atrasada no sólo en relación con la propia institución, sino con la evolución de la Fuerza Armada, pues los empleos a los que se refiere el Reglamento son estrictamente militares, es decir, la Fuerza Armada en mente del Reglamento es una Fuerza Armada que se mira a sí misma, lo que no se compadece no sólo con la Fuerza Armada actual, sino con la Fuerza Armada de los últimos 40 años, por lo que en los casos en que haya militares en instituciones públicas en comisión de servicio, no queda claro el régimen de competencias aplicable, pues podría variar de acuerdo con la organización del ente, el tipo de militares en servicio, el tipo de actividad a realizar, y otras muchas circunstancias posibles.

Estaba tan consciente el reglamentista de la ambigüedad en materia de competencias que estableció la regla de que en caso de duda respecto de la competencia debía hacerse una consulta al superior para aclarar la situación (Art. 103), aunque, como hemos visto, si el superior en cuestión es un general o Suboficial Profesional de Carrera, nos encontraremos ante la insólita situación, sobre todo en el mundo militar, de que el superior ordene algo al inferior que él mismo no puede ejecutar por no tener competencia.

b. Debido proceso.

El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera

prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. En cuanto al derecho a la defensa, la jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias (Sentencia N° 05 de Sala Constitucional de fecha 24 de enero de 2001, Expediente N° 00-1323).

Tal y como se indicó en el capítulo pasado, el Reglamento sólo obliga a que se oiga al encausado y una vez tomada la decisión se notifique de la misma al sujeto de ésta y se anote el castigo en los libros respectivos, lo cual podría ser un procedimiento apenas aceptable para una sanción menor como una advertencia, pero en ningún caso admisible para una privación de la libertad personal con independencia de su duración, aunque cabe recordar, que en esta materia, puede ser de hasta noventa días.

Siendo así, es evidente la violación de la garantía del debido proceso, dado que no existe derecho a ser impuesto de los cargos por escrito, a tener un lapso para elaborar la defensa, tampoco se establece el derecho a ser asistido por un abogado, o tener un lapso para promover o evacuar pruebas, y mucho menos se tiene la posibilidad de contrastar la decisión con un expediente para determinar la vinculación de la decisión con los alegado y probado en los escritos presentados, es decir, prácticamente ninguna de las garantías que a través de los siglos el derecho penal conquistó en defensa de la libertad personal a través del establecimiento de un proceso se cumplen en la materia disciplinaria militar, pues ni siquiera en el supuesto de los Consejos de Investigación, la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas establece un procedimiento para ello, lo cual sería conveniente por cuanto las decisiones del Ministro de la Defensa, consecuencia de los Consejos de Investigación están sujetas a las reglas establecidas para todos los actos este tipo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que aunque en su artículo 106 señala que quedan excluida del ámbito de aplicación de la misma “los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado”, no consideramos que la sanción de una falta (piénsese en el caso del militar entrando a galope en un recinto urbano)

pueda ser considerada como materia de seguridad y defensa, menos cuando el propio Reglamento es su artículo 108 señala que falta “es una trasgresión elemental y simple del deber”, dándole una importancia mucho menor en relación con los delitos y con una entidad que expresamente reconoce debe ser corregida más que sancionada, por lo que la represión de las faltas atiende más a la necesidad de que no se repitan las conductas antijurídicas que a la represión en sí de la acción, por lo que el bien jurídico protegido no es tanto el directamente afectado con la conducta reprensible como la necesidad de mantener la disciplina dentro de la institución, lo cual, dada la cotidianidad de la misma dentro de la institución, mientras más esté en sintonía con las normas constitucionales y legales, a cuyo cumplimiento sirve la Fuerza Armada, tanto mejor para esta última.

Por ello ante la ausencia casi total de procedimiento previamente establecido, debe aplicarse en todo caso, el procedimiento ordinario establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con las garantías en él contenidas, por lo menos en los casos de las penas privativas de libertad personal, pues en dicho procedimiento se respetan las garantías mínimas que tiene todo ciudadano relativas al debido proceso, y mediante el cumplimiento de éste, como indicamos, también se respeta el derecho a la defensa, pues el debido proceso sirve a este y no es meramente una mera compilación de formalidades. No se trata pues del establecimiento de formas litúrgicas, cuyo cometido principal sean ellas mismas, sino por el contrario, es la verificación formalidades cuyo cumplimiento garantice el eficaz y oportuno ejercicio del derecho a la defensa.

c. Expediente.

Si para el supuesto del procedimiento a seguir podría haber alguna duda, por cuanto formalmente se oye al encausado, en el caso del expediente no la hay, pues la omisión de establecer la obligación de que constituya un expediente no existe, pues la escrituriedad está limitada a la notificación de la sanción y al cumplimiento de la misma, así como a la anotación de los castigos, por lo que es perfectamente posible, de acuerdo con el Reglamento, imponer una sanción de 90 sin que previo a tal decisión se haya constituido un expediente en el que se impongan los cargos, se deje constancia de las defensas, se pueda tener acceso a las pruebas

promovidas y evacuadas y por lo mismo contrastar la motivación de la decisión y examinar si efectivamente tuvo en cuenta todo lo alegado por el encausado, o si se tuvieron en cuenta las agravantes o atenuantes manifestadas en cada caso. Nada de eso puede constar porque simplemente no existe tal obligación, en violación clara y manifiesta al derecho a la defensa y al debido proceso.

Sin embargo, dado que como indicamos *supra*, al procedimiento disciplinario militar le es aplicable la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y que esta en su artículo 31 establece la obligación de levantar expediente de cada asunto, se hace necesario que ello se lleve a efecto en ejecución de la norma antes descrita.

c. La tutela judicial efectiva.

Aunque tampoco sobre este supuesto el Reglamento nada señala, pues se limita a establecer que se tiene el derecho de reclamo (art. 182 y ss.), con el único requisito, para el caso de Suboficiales y Oficiales, de que el mismo se interponga por los canales regulares y por escrito. Sin embargo, dado que la Constitución reconoce la tutela judicial efectiva, es posible, ante la arbitrariedad manifiesta, interponer una acción de amparo constitucional en los casos de violación de derechos constitucionales, y en los supuestos de vicios legalidad quedaría abierto el contencioso administrativo de nulidad con la lejana posibilidad de una cautela de suspensión de efectos, en el caso de que el Tribunal actúe muy diligentemente, pues como señala el propio reglamento, los castigos deben cumplirse inmediatamente después de impuestos. El reconocimiento expreso de la tutela judicial ante decisiones disciplinarias militares tiene larga data y como ejemplo baste señala la propia sentencia que dio legitimidad formal al Reglamento, en la que el *thema decidendum* era un pase a retiro por medida disciplinaria.

d. Principio de la “*reformatio in peius*”.

Como lo estableció la Sala político administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, el artículo 39 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, permite a la autoridad

administrativa, al contrario de los órganos jurisdiccionales, el pronunciarse no sólo sobre lo alegado por los recurrentes sino también de los asuntos “que surjan con motivo del recurso aunque no haya sido aleados por los interesados”, lo cual permitiría a la autoridad administrativa el fundamentar su decisión en extremos que no le fueron solicitados, pudiendo empeorar en consecuencia la situación previa de los recurrentes¹³⁵.

Lo mismo ocurre en el caso de las sanciones disciplinarias, pues el artículo 101 así lo permite, cuando expresa:

“Impuesto un castigo y notificado al que deba sufrirlo, no puede ser modificado o suspendido por el que lo aplica sin intervención del superior inmediato. Por tal motivo, si éste u otro directo de mayor categoría, al tener conocimiento oportuno de la sanción impuesta opina que no es suficiente, puede aumentarla en la proporción reglamentaria. Pero si se estima que se ha procedido con excesivo rigor o que no hay falta, debe manifestarlo así al que aplicó el castigo para que lo disminuya, lo suspenda o lo anule, aunque no haya mediado reclamación del inculpado”.

De acuerdo con lo citado, como se dijo, es posible modificar la sanción, tanto para aumentarla como para disminuirla, aunque con la limitación de que la modificación orientada al aumento, como en el caso de los recursos a que alude la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sólo puede ser decidida por el superior de quien impuso la sanción, siempre que éste considere que la sanción impuesta no sea suficiente. Dado que la decisión puede implicar un aumento en el lapso de un arresto, lo evidente es que tal decisión debería ser suficientemente motivada, por lo que es posible, en consecuencia aumentar la sanción, en la proporción reglamentaria, con los matices señalados.

¹³⁵ **Revista de Derecho Público** (1994), 59-60, julio-diciembre. p. 210.

CONCLUSIONES

Luego de los análisis realizados a los distintos componentes del régimen disciplinario militar, resulta necesario destacar el esfuerzo realizado en los años finales del siglo XIX en lograr una normativa militar que diera orden a lo que todavía podía denominarse como una institución formada. Sin embargo, este esfuerzo tuvo coherencia y seguimiento hasta los inicios del siglo XX, y sorprendentemente, se ha cristalizado, o mejor aún, petrificado durante más de 50 años, en contradicción con el afán inicial de reforma y mejora constantes. De la evolución histórica también podemos colegir el establecimiento de una institución militar permanente y con los caracteres de una institución moderna, atendiendo a los principios generales que se consideraban inherentes a la institución por parte de otros ordenamientos constitucionales, aunque sobre todo, por influencia del derecho francés.

Luego del estudio de la evolución histórica, se pasó a la determinación de los elementos normativos del régimen disciplinario militar, estableciéndose sin dudas a la disciplina, en su acepción militar, como el centro de la norma que busca su cumplimiento, así como en la idea particularizadora de la actividad militar respecto de otras personas de derecho público, al punto que no es posible concebir a la institución militar sin la idea de disciplina, aunque esta última, lo mismo que la primera, no está exenta de cambios y evoluciones, de tal modo que en la actualidad se acepta la disciplina no como el cumplimiento riguroso y ciego de los deberes, sino como algo nacido de la convicción y de la persuasión, de ahí haya visto luz el concepto de disciplina persuasiva.

En la determinación de los elementos de la disciplina militar, pudimos constatar la existencia de grandes incongruencias generadas por la coyuntura histórica había para el momento en que se dictó el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, así como otras incongruencias sobrevenidas por la obsolescencia natural de una norma de más de 50 años de existencia, que no de vigencia, que cada vez más tenía que alejarse de la imagen de la institución de la década

de los 40 que ya no es, ni lejanamente, igual a la del presente. Así se pudo constatar, la existencia de normas que pregonan principios de imposible e inconstitucional aplicación como el de la obediencia debida o el uso de la fuerza para hacerse obedecer, e incluso la mera existencia de todo un grupo de militares que no tiene competencia para sancionar a sus subordinados.

Sólo con los elementos que hasta ahora hemos mencionados bastaría para que se hiciera necesaria la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una cuerpo normativo moderno que realmente represente e identifique los principios de la Fuerza Armada Nacional, aunque, precisamente, creemos que esa falta de identidad con la institución es de muy vieja data.

Sobre el punto de la vigencia, no nos queda el menor vestigio de duda respecto a la condición de eficacia de las normas, sobre todo de las de tipo punitivo, derivadas de su publicación, por ello aunque se cuente con una decisión judicial en sentido contrario, la no publicación del Reglamento de Castigos Disciplinario lo hacía ineficaz hasta el momento de su publicación, por ser el hecho de la publicación no un mero acto formal sino una garantía en si misma de protección de las personas.

Respecto a la *vexata quaestio* de la diferenciación entre ilícito penal y disciplinario, es nuestra modesta opinión que en la medida en el desarrollo del derecho disciplinario hace que este incorpore principios y elementos del derecho penal, mayor identidad hay entre ellos, por lo que más que determinar los atícos diferenciadores, es preferible ubicarlos como una manifestación del *ius puniendi* del Estado de modo de homogeneizar las garantías y derechos en beneficio del ciudadano.

Una vez establecidas las características y misiones que la Constitución otorga a la Fuerza Armada, aún con sus innovaciones pudimos comprobar que el elemento disciplina, junto con sus consecuencias, la obediencia y la subordinación, siguieron como elementos inalterables de la institución, aunque también pudimos establecer que las ampliación del ámbito de protección de algunos preceptos constitucionales si tienen incidencia directa en materia de derecho disciplinario militar, tanto en lo que se refiere a la principio de legalidad y reserva de ley, al

establecerse penas por medio de un instrumento de rango sublegal, por determinarse tipos en blanco o indeterminados a ser sancionados, por no estar claras las competencias para sancionar con grave perjuicio al derecho de igualdad ante la ley, por no existir un proceso en los casos de penas privativas de libertad con grave afectación del derecho a la defensa, todo lo cual no puede sino llevarnos a la conclusión en la inconstitucionalidad sustancial y general que está implícita en todo el cuerpo del Reglamento de Castigos Disciplinarios, y por lo tanto, la determinación de la urgente necesidad de que sea suplantado por una Ley Disciplinaria que recoja los principios constitucionales, y limite las penas privativas de libertad a su mínima expresión en los términos de la Constitución, y se acerque a una institución castrense a la que existía en 1949.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alfonso, I. (1999). Técnicas de investigación bibliográfica (8va ed.). Caracas: Contexto.
- Ander-Egg, E. (1982). Introducción a las Técnicas de Investigación (19na ed.). Buenos Aires: Humanitas.
- Araujo, J. (2007). Derecho Administrativo. Parte General. Caracas: Paredes.
- Arcila, E. (1979). El Régimen de la Encomienda en Venezuela (3 ed.). Caracas: UCV.
- Arias, F. (1999). El proyecto de investigación. Guía para su elaboración (3ra ed.). Caracas: Episteme.
- Ary, D., Jacobs, L. y Razavieh, A. (1990). Introducción a la investigación pedagógica (2da ed.). México: McGraw-Hill.
- Balestrini, M. (2002). Cómo se elabora el proyecto de investigación (6ta Ed.) Caracas: BL Consultores Asociados.
- Baño, J. (1991). Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y Reglamento independiente en la Constitución de 1978. Madrid: Civitas.
- Baralt, R. y Díaz-Sánchez, R. (1939). Resumen de la Historia de Venezuela. Brujas: Desclée.
- Brewer-Carías, A. (1985). Instituciones Políticas y Constitucionales. (2ª ed. Tomo IV). San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira.
- Boquera, J. (1992). Derecho Administrativo. (9ª ed., Vol. I). Madrid: Civitas.
- Domínguez, F. (1975). Obligaciones militares de los vecinos hispanoamericanos (según se desprende de las Actas Capitulares). Revista de Historia de América. 72.
- Favoreu, L. (1991). El Legislador de los derechos fundamentales. La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas.
- Fernández, F. (1987). El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar. Revista de Derecho Militar. 44-50.
- García, R. (1988). Reserva de Ley y potestad reglamentaria. Madrid: Ariel.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (1989). Curso de Derecho Administrativo (6ª ed. Vol. I). Madrid: Civitas.

- Goldensohn, L. (2004). Las entrevistas de Nuremberg. Taurus: México.
- González, E. (1930). Historia de Venezuela (Vol. 1). Caracas: Élite.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003). Metodología de la investigación (3da ed.). México: McGraw-Hill.
- Martín-Retortillo, L. y De Otto, I. Derechos fundamentales y constitución. Madrid: Civitas. 1992.
- Moles, A. (1974). El principio de legalidad y sus implicaciones. Caracas: UCV.
- Montull, E. (1995). La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas. La función militar en el actual ordenamiento constitucional español. Valladolid: Trotta.
- Morles, V. (1994). Planeamiento y análisis de investigaciones (8va ed.). Caracas: El Dorado.
- Morón, G. (1967). Historia de Venezuela (4a. ed.) Madrid: Rialp.
- Oviedo y Baños, J. (1940). Historia de la conquista y población de la provincia de Venezuela. New York: Adams. 1940.
- Pace, A (1991). El Legislador de los derechos fundamentales. La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas.
- Plaza, A (1956). Las armas españolas en la conquista de Venezuela (siglo XVI). Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Peña, J. (1996). Régimen jurídico de la potestad reglamentaria en Venezuela. Caracas: UCV.
- Perdomo, R. (1988). Metodología pragmática de la investigación. Con aplicaciones en las ciencias jurídicas. Mérida: Consejo de publicaciones de la Universidad de los Andes.
- Pérez, T. (1988). De la conducción y organización de la Fuerza Armada entre los años de 1788 y 1845. Venezuela en los años del General Rafael Urdaneta (1788-1845). Maracaibo: URU.
- Revista de Derecho Público (1983). 16. octubre-diciembre.
- Revista de Derecho Público (1991). 46. enero-marzo.
- Revista de Derecho Público (1994), 59-60, julio-diciembre.
- Salcedo, J. (1979). Historia Fundamental de Venezuela. Caracas: Fundación Gran Mariscal de Ayacucho.

Siso, J. (1976). Historia de Venezuela. Barcelona: Unidas.

Sosa, C. (1996). La naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Caracas: Funeda.

Suárez, S. (1970). Temas militares. Caracas: Ávila.

Suárez, S. (1979) Las Fuerzas Armadas Venezolanas de la Colonia. Caracas: Academia Nacional de la Historia.

Suárez, S. (1984). Las milicias. Instituciones militares hispanoamericanas. Caracas: Academia Nacional de la Historia. Caracas.

Suárez, S (1989). Las Instituciones Militares Venezolanas del Período Hispánico en los Archivos. Caracas: Academia Nacional de la Historia.

Venezuela, Congreso de la República (1971). La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de la República (Vol. 1). Caracas: Ediciones del Congreso.

Vigón, J. (1967). El Ejército de los Reyes Católicos. Madrid: Nacional.