

IMPUTACION DE RESULTADOS Y DERECHO PENAL MILITAR

Examen de algunas consecuencias especiales de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito del Derecho penal militar

Carlos Pérez del Valle

*Comandante Auditor, Letrado del Tribunal Supremo
Prof. Adj. Derecho penal, Universidad San Pablo-CEU, Madrid*

El examen crítico de decisiones jurisprudenciales constituye un punto de partida metodológico que hace la discusión dogmática especialmente fructífera, en tanto que se centra sobre un tema perfectamente delimitado (1). En mi opinión, en aspectos que son frecuente objeto de la actividad de los tribunales militares y, por ello, también en la Jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se presenta un campo idóneo para la discusión doctrinal, en particular cuando se examinan cuestiones del sistema de la teoría de la imputación. Este es, según creo, el caso de la STS de 12 de mayo de 1997, en la que la Sala V TS decide sobre la aplicación del Art.155 CPM y, en particular, a dos cuestiones de particular relevancia en la dogmática: la imputación del resultado y la culpa. Únicamente a la primera de ellas voy a dedicar este trabajo, pues creo que ofrece unas perspectivas de desarrollo muy particulares en relación con el Derecho penal militar. Sin duda, en algunos sectores doctrinales el desarrollo de la dogmática moderna conduce a desplazar aspectos relacionados con los deberes objetivos de previsión al tipo objetivo de tal modo que, en ámbitos de riesgo regidos por deberes profesionales específicos, como es el de la actividad de carácter militar, la respuesta a la cuestión tradicional de la causalidad se ve especialmente afectada por aspectos normativos.

(1) BACIGALUPO: «Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal», *PJ-40* (1993), pp. 31-40, en particular p. 31.

1. El planteamiento del problema en el recurso era, en sus términos esenciales, la discusión sobre la causalidad respecto del comportamiento del acusado.

En el relato de hechos probados de la sentencia se indica que el acusado, Sargento con la especialidad de químico analista, se encontraba al mando —con carácter accidental— de una Sección de Municionamiento en un Polvorín en el que, a lo largo de diferentes jornadas, se procedía a la quema de pólvora resultante del desbarate de munición. En la fecha en que sucedieron los hechos, se encontraban apilados en el exterior y en las proximidades del lugar en el que se quemaba la pólvora un total de 111 palets dispuestos en dos alturas a lo largo de cincuenta metros, y cada uno de ellos con tres empaques que contenían a su vez tres proyectiles desespoletados de la munición que se había desbaratado, así como cuarenta y cinco granadas de mano, material que se encontraba pendiente de traslado a una zona de costa para su fondeo en la mar. Se señala expresamente en el relato que el Sargento acusado conocía estas circunstancias y que podía determinar el lugar y el momento concreto de proceder a la operación de quema de la pólvora. A primera hora de la mañana, el Sargento realizó sin novedad una primera quema de forma habitual —extendiendo los saquitos que contenían la pólvora en hilera de unos veinte metros y con aplicación de fuego a uno de los extremos— en el lado de la cuneta contrario al que se encontraban los palets. Posteriormente procedió a una segunda quema con las mismas operaciones en el lado de la cuneta en el que se encontraban los palets, separados del extremo contiguo del reguero unos treinta y cinco metros. Terminada la operación de quema, el Sargento realizó una inspección ocular y, pensando que había tenido lugar sin novedad, se fue a otro lugar. No obstante, el Cabo que había auxiliado al Sargento en la operación observó después que salía uno de una de las cajas de los palets y avisó al Sargento, quien acudió de inmediato y con una carretilla elevadora separó la caja del grupo. Al observar que bajo esa caja también salía humo, se colocó en un lugar protegido junto con el Cabo. Durante media hora se produjeron explosiones de las que derivaron muy diversos daños materiales en el Polvorín valorados en más de 26 millones de pesetas; daños en propiedades y vehículos particulares; así como las lesiones de un soldado que sufrió conjuntivitis traumática que se curó sin secuelas y de otro que sufrió pequeños cortes en el dorso de las manos y en la cara provocados por la rotura de los cristales.

En el relato se hacen, además, otras dos referencias expresas al origen de las explosiones. Por un lado, se afirma que «las condiciones meteorológicas del día de autos no han podido ser absolutamente determinadas, pero en las localidades cercanas (...) se apreciaron rachas de viento entre 40 y 50 km/hora, siendo posible un inesperado cambio en la dirección del viento»; por otro, se indica: «el origen de las explosiones fue bien durante la quema, bien cuando el Suboficial consideró que había quedado concluida, pequeñas porciones encendidas del reguero de pólvora alcanzaron los palets que contenían la munición».

Frente a las conclusiones del tribunal de instancia, el recurrente manifestaba que «los daños ocasionados por las explosiones (...) no fueron efecto de acción u omisión directa alguna del recurrente» (fundamento jurídico 1 de la STS).

2. El recurrente, al aludir a la «acción u omisión directa» apunta a lo que estima son interferencias en el curso causal del suceso que implicarían, en su opinión, la imposibilidad de imputar el resultado al acusado. En realidad, aun cuando no se hace referencia en la sentencia a la alegación de estas interferencias en particular, no puede tener otro objeto la distinción entre acciones u omisiones «directas» e «indirectas». En otras palabras, en el recurso no se negaba la causalidad del comportamiento del acusado, sino la existencia de otras causas que determinan la exclusión de la imputación a ese comportamiento.

En estos términos, parece claro que el problema se intentaba formular en los términos de la denominada tradicionalmente «causalidad múltiple» (2). No obstante, ya en los orígenes de la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la fórmula de la *conditio sine qua non* se había reconocido una misma relevancia causal a todas las condiciones del resultado (3). La dificultad es mínima en la aplicación de este criterio cuando todas las causas, suficientes por sí para producir el resultado (ejemplo clásico: dos dosis mortales de veneno), concurren para producir el resultado en un mismo momento, pues no parece discutible la imputación de la muerte a ambas (4).

Sin embargo, en el caso examinado no puede hablarse de que cada una de las causas sean suficientes para producir el resultado y sólo la concu-

(2) Cfr. FRITJOF HAFT: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 3.^a edición, Munich, 1987, 6-3.

(3) Cfr. MAXIMILIAN VON BURI, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885, pp. 2 y 3, con referencia a otros textos anteriores en el mismo sentido y a la crítica de BIRKMEYER.

(4) HAFT: nota (2), loc. cit., p. 61.

rrencia de diferentes causas provoca el resultado; en esos términos, desde la perspectiva de cada una de las causas en particular podría formularse el problema como de un «curso causal atípico» (5). En otras palabras: la alegación de que debe excluirse cualquier imputación del resultado al comportamiento del acusado sólo puede estar referida al desarrollo atípico (anormal) de cursos causales. Sin embargo, las perspectivas de éxito de una alegación de esta clase en el ámbito de la equivalencia de las condiciones son prácticamente nulas, pues «la causa originaria resulta en todo caso eficaz para el resultado “en su configuración concreta”» (6). En esos términos se desarrollaba la contestación del TS: «podría admitirse que la actuación del recurrente no fue la única causa de que una pequeña porción de pólvora encendida alcanzase el material explosivo —en realidad es muy difícil que un fenómeno cualquiera sea efecto de una sola causa— pues las explosiones no hubiesen tenido lugar ciertamente si los “palets” con los proyectiles y las granadas de mano no hubiesen sido depositados y dejados en un sitio próximo al que se utilizaba habitualmente para la deflagración de la pólvora procedente de la munición desbaratada, pero esta circunstancia no es capaz de eliminar en la conducta del recurrente su clara e inequívoca condición de causa “directa” del siniestro, pues en todo caso aquélla sería concausa de éste» (fundamento jurídico 2).

3. En la Jurisprudencia de la Sala de lo Militar el problema de la imputación causal del resultado no se plantea con frecuencia. En cierto modo, en alguna resolución reciente sobre la cuestión se observa que el tema planteado es el de la prueba, que adquiere prioridad no sólo sobre la base del planteamiento del recurso, sino también por el hecho de que la imputación del resultado. Una vez constatada la existencia del comportamiento del autor, no ofrece dificultades especiales. Este es el sentido de la STS 19 diciembre 1996, en la que se indica que el nexo causal cuya base probatoria se discutía en el recurso («no se pudo establecer el nexo causal entre los hechos probados y las lesiones») pudo establecerse a través de unas manifestaciones de un perito médico. El perito, al efectuar su juicio de experiencia científica sobre las lesiones sufridas por unos soldados, había considerado «inverosímil» que las lesiones se hubiesen ocasionado de una forma distinta a un «puñetazo» (7). Sin embargo, en otro caso ante-

(5) HAFT: nota (2), loc. cit., p. 61.

(6) HAFT: nota (2), loc. cit., p. 61.

(7) La sentencia añade algunas consideraciones sobre la falta de necesidad de la prueba de la imputación del resultado en un tipo que, como el de abuso de superioridad aplicado, no son exigidas las lesiones.

rior, la Sala V se enfrentaba, en un caso en el que el tribunal de instancia había aplicado el Art.159.2 CPM al cuestionamiento de la imputación del resultado en el marco de una concepción del tipo del delito imprudente vinculado a la denominada «conexión de antijuricidad» (8).

El acusado, Cabo Primero de la Guardia Civil, tras finalizar una clase de armamento y cuando todavía no habían abandonado la sala los asistentes (de 7,8 metros de longitud y 7 metros de anchura) comenzó a manipular la pistola que tenía asignada y de la que no había extraído el cargador con cuatro cartuchos. De este modo, la montó y en dirección hacia abajo, apretó el disparador. Se produjo un disparo que, atravesando la mesa en la que se encontraba, provocó el impacto contra el suelo del proyectil que se fragmentó en esquirlas. Las esquirlas rebotaron y alcanzaron a otros asistentes, que resultaron lesionados.

En cualquier caso, el TS considera «obvia la relación causal directa» entre la actuación del acusado y el resultado y niega la relevancia —destacada al parecer en el recurso— de que se desconozca la causa de que el autor apretase el disparador (en el relato de hechos de la sentencia se indicaba expresamente que lo apretó «por causa desconocida»). En ese sentido, me parece de especial interés alguna afirmación de la sentencia, como el hecho de que no «quepa trasladar la causación de las lesiones a las dimensiones del local o a su inadecuación, pues, sin la actuación del agente (...), el resultado no se habría producido». Hasta aquí, ciertamente, el criterio es muy similar al de la primera resolución indicada y es posteriormente cuando la sentencia acude, como lo había hecho la precedente de 23 mayo 1995, a la consideración de criterios normativos y, en particular, a la teoría de la imputación objetiva. Se indica, en este sentido, «que, además de la relación natural de causalidad existente entre la acción y el resultado de las lesiones, éste es expresión del riesgo creado por el autor del disparo, contrario al fin de protección de la norma» (9).

Precisamente sobre esta cuestión, la STS 23 mayo 1995 había señalado que «un resultado es objetivamente imputable cuando está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado median-

(8) Sobre la referencia de esta expresión a una cuestión que trasciende al tipo penal y queda inmersa en la totalidad de lo ilícito, cfr. CRAMER: en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 24 edición, München, 1991, § 15-115 En realidad, en la sentencia se acude a una concepción del tipo del delito imprudente mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia españolas (CEREZO MIR: «Curso de Derecho penal español-II» (Teoría jurídica del delito-1), 5.ª edición, Madrid, 1996, pp. 169 y ss).

(9) Cfr. . Sobre este criterio en la doctrina española, CEREZO MIR, nota (8), pp. 172 y ss.

te una acción creadora de riesgo o peligro, alcanzando un resultado que lesiona el bien jurídico genérico de la eficacia de las Fuerzas Armadas y (...) la integridad física de aquellas personas a las que alcanzan de forma peculiar los riesgos inherentes al uso de las armas».

II

1. Como es sabido, la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado en el Derecho penal no es nueva (10) y se presenta en la actualidad como una opción generalmente aceptada para resolver las dificultades que las diferentes teorías de la causalidad presentan respecto a la imputación de resultados. Ciertamente, además, la tesis que adopta como punto de partida admisible la idea del «fin de protección de la norma» o del «ámbito de protección de la norma» (11) a la que se refiere la STS (5) 23 mayo 1995 ha sido recibida en la doctrina española calurosamente, bien como un criterio de determinación de la realización del riesgo en el resultado (12), bien como criterio que permite adoptar una decisión sobre si el riesgo crea de es jurídico-penalmente relevante a efectos de la imputación del resultado» (13).

La consideración de este aspecto requiere una reflexión sobre la forma en que la teoría de la imputación objetiva es aceptada en la doctrina y en la jurisprudencia y, en especial, la delimitación de los niveles en los que se desenvuelve la decisión. Como es sabido, una vez comprobada la existencia de la causalidad, la imputación del resultado requiere la verificación de los siguientes extremos (14):

1.º Si el comportamiento del autor implica un riesgo desaprobado (en negativo, no permitido).

(10) En relación con los orígenes de la discusión, cfr. Karl LARENZ: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927 en el derecho civil; Richard HONIG: «Kausalität und objektive Zurechnung», en HEGLER (dir.): *Festschrift für Reinhard von Frank-I*, Tübingen, 1930, pp. 174 y ss.

(11) Cfr. ROXIN: «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss, en particular pp. 140-143.

(12) CORCOY BIDASOLO: *El delito imprudente-Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 561 y ss En la nota 1.119, p. 573, una referencia a las adhesiones doctrinales a este criterio.

(13) MARTÍNEZ ESCAMILLA: «*La imputación objetiva del resultado*», Madrid, 1992, p. 366.

(14) Cfr. . Por todos, BACIGALUPO: «*Principios de Derecho penal-Parte general*», 5.ª edición, Madrid, 1998, p. 188.

2.º) Si el resultado puede ser explicado por el riesgo desaprobado.

Estos niveles no sólo son propugnados como operativos por la doctrina (15), sino que son aceptados por la jurisprudencia de modo general en las decisiones en las que se ha puesto en cuestión la imputación del resultado. En ese sentido, la STS (2) 1311/1997 de 28 de octubre, ante la pretensión del Fiscal de considerar un riesgo permitido los disparos de los agentes de la Guardia Civil a las ruedas de un coche. Su argumentación se desarrolla en estos dos niveles:

1.º) En un primer nivel de determinación del riesgo permitido, la sentencia hace diversas precisiones:

a) Por una parte, afirma que «quien desde un coche en movimiento dispara sobre otro que también se mueve genera un riesgo específico no obstante su calidad y entrenamiento como tirador», de modo que «se aumenta considerablemente el riesgo de desvíos de los disparos y el peligro de las personas que se encuentran en el coche que es objeto de los mismos». De este modo, se alude al Art.5.2 c) y d) de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que indica que los agentes han de actuar conforme al «principio de proporcionalidad» con carácter general.

b) Por otro lado, se subraya que «no se da ninguna de las condiciones que permiten la creación de un riesgo del uso de las armas en público», pues el servicio de vigilancia consistía en controlar vehículos e identificar personas, en la búsqueda de delincuentes contra la propiedad. Para ello, la actuación dentro del riesgo permitido era la de «comunicarse con otros servicios —como efectivamente se hizo— para instar la detención del coche, sobre el que no pesaba ninguna sospecha específica, fuera del hecho —por otra parte nada anormal— de que la matrícula pertenecía a un municipio distinto al de Albacete».

2.º) En un segundo nivel, la sentencia niega que sea posible excluir la posibilidad de concreción del riesgo en el resultado, en particular con referencias a la autopuesta en peligro de la víctima, pues «no es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el peligro ya existen-

(15) Cfr. CORCOY BIDASOLO: nota (12), p. 293 y 379; MARTÍNEZ ESCAMILLA, nota (13), pp. 44 y ss. En la doctrina alemana parece existir una amplia coincidencia en esta división formal de los niveles, sin perjuicio de las diferentes fundamentaciones o contenidos que se atribuya a cada uno de ellos. Cfr. ROKIN, «*Strafrecht-Allgemeiner Teil-Bd.1*», Munich, 1992, 11-39 y 40, quien explica la forma en la que el «ámbito de protección de la norma» excluye la imputación en un segundo nivel de decisión y se refiere a la norma del deber de cuidado y no al tipo penal (11-70); ORTO, «*Grundkurs Strafrecht*», 6.II. 1, 4.ª edición, Berlín, 1992; JAKOBS, «*Strafrecht-Allgemeiner Teil*», 2.ª edición, Berlín, 1991, 7/35 y 72.

te, en el peligro ya creado por el autor previamente y no dirigido a la víctima, sino todo lo contrario», pues el autor «ha reaccionado creando un peligro sobre la víctima hasta ese momento inexistente».

Los criterios contenidos en esta sentencia permiten, desde mi punto de vista, avanzar una cuestión a la que he de referirme de inmediato: la imputación objetiva no sólo surge en su origen como una teoría normativa, sino que en algunas direcciones conoce una normativización tal que la hace especialmente adecuada para resolver problemas de imputación en el Derecho penal militar.

2. En cualquier forma, en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS existen numerosos precedentes con referencias a la teoría de la imputación objetiva, en las que se adoptan criterios normativos de imputación de resultados (16). En particular, la distinción de dos niveles diferenciados de examen en la desaprobación del peligro y de la realización del peligro en el resultado a la que se ha hecho alusión aparecía ya con claridad en STS 26 octubre 1992 (17) y se acentúa a través de la consideración de la idea de riesgo permitido, con una especial profundidad en ámbitos especiales de riesgo y de uso de armas, como el de la actuación policial (18). De algún modo, este planteamiento requiere la desconexión de la idea del riesgo respecto a un concepto meramente descriptivo de la causalidad y, por tanto, una reflexión sobre los aspectos normativos en los que ese concepto se apoya.

En ese sentido, no es posible un examen de la jurisprudencia actual sobre la base de módulos estrictamente causales (19), aunque es cierto que

(16) Cfr. PÉREZ DEL VALLE: «Landesbericht-Spanien», en ESER/HUBER (dir.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 5.1 (1993/1996)*, Freiburg i. Br., 1997, pp. 729 y ss, en particular sobre algunas resoluciones anteriores a 1993, en p. 755 nota 73: SSTS 19 septiembre 1990; 1 julio 1991; 18 febrero 1991.

(17) Cfr. PÉREZ DEL VALLE: nota (16), p. 756.

(18) STS 1611/1997, de 28 octubre, a la que ha se ha hecho referencia expresa antes.

(19) No obstante, cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, «Derecho penal-Parte General», 2.ª edición, Valencia, 1996, p. 248, aunque reconoce su entrada en la jurisprudencia en p. 245. En cualquier caso, no coincido con las ideas expuestas, a propósito de este examen, por MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: a la existencia de distintos planos en la causalidad («plano causal ontológico» y «plano causal jurídicamente relevante» he de acudir en el texto de inmediato); pero lo que me parece claro es que el problema causal no es, como pretenden, algo «exagerado tanto cualitativa como cuantitativamente» (loc. cit., p. 249), pues no es cierto que «prácticamente sólo afecta al delito de homicidio y al delito de lesiones, o a aquéllos en los que estos resultados aparecen como cualificaciones de un delito base». Es claro que el problema alcanza, cuanto menos, a todo delito de resultado, y existen en este sentido indicaciones doctrinales claras sobre la aplicación de la teoría, por ejemplo, en la estafa (en la doctrina española: PÉREZ MANZANO: «Acerca de la imputación

no en todos los casos existe una clara delimitación entre criterios causales y normativos, o, más correctamente, entre argumentaciones en un nivel causal y en un nivel normativo.

Sin embargo, en el estado actual de la doctrina se critica una orientación normativista que se manifestaría en la referencia al plano de la valoración como aspecto decisivo, prescindiendo de la descripción de los hechos y de su correcta vinculación lógica (20). Este normativismo se presenta, por ejemplo, en la irrelevancia de la relación lógica entre el comportamiento del autor y el resultado, pues lo decisivo es si la relación entre el comportamiento del autor y el resultado ha defraudado o no la confianza de las normas jurídicas; es decir, si el autor ha establecido un nuevo riesgo para que se produzca el resultado o sólo ha variado meras «condiciones acompañantes». Frente a esta opción, se discute la posibilidad de que pueda diferenciarse un riesgo de otro, o una «condición» de una «condición acompañante» de modo que algunas modificaciones del «curso concreto al resultado» defraude la confianza en las normas y otra no (21).

3. En este orden de consideraciones, merecen una atención especial algunas explicaciones de la conexión normativa de imputación entre comportamiento y resultado que, a su vez, aportan una explicación convincente de la responsabilidad del autor respecto al resultado. En realidad, el fundamento de esa conexión se encuentra en la existencia de una posición de deber del autor, que hace posible la imputación del resultado lesivo o de creación de peligro a su esfera de responsabilidad. En otras palabras: la idea de la posición de garante no es sólo un concepto que corresponde a la omisión, sino también a los tipos activos, pues la distinción entre acciones y omisiones es irrelevante (22): no sólo ha de ser garante

estafa», en «Hacia un Derecho penal económico europeo», Madrid, 1995, pp. 285 y ss; cercano aunque con matizaciones, PÉREZ DEL VALLE, *CPC 59* (1996), pp. 373 y ss.; y que en esa consideración entrarían también los delitos de resultado de peligro, pues incluso se alude en ocasiones de forma especial a la imputación objetiva de este tipo de resultados (ROXIN AT, 11-113 y ss, a quien refieren como fuente fundamental en su concepción de la imputación objetiva en p. 245).

(20) Críticamente, frente a los planteamientos de JAKOBS, OTTO O SCHMIDHÄUSER; entre otros, PUPPE, «Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik», *GA-1994*, pp. 297 y ss., en particular p. 307.

(21) PUPPE: nota (20), p. 307.

(22) Cfr. . sobre esta cuestión, BACIGALUPO, *Principios*, p. 165, con referencias a JAKOBS (AT, 7/56 y ss) y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADCP-1995*, pp. 187 y ss. Sobre una posible fundamentación de esta tesis en la distinción tomista entre causa formal y causa material, PÉREZ DEL VALLE, «La repercusión de los cursos causales hipotéticos en la atenuación de la pena», en CANCINO (dir.), *Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo*, Bogotá, 1999, pp. 217-218. Sobre el rendimiento metodológico de esta idea en la interpretación de los tipos de la parte especial, PÉREZ DEL VALLE: *La Ley 15 abril 1997*, pp. 1 y ss.

el autor omisivo, sino también el autor por comisión cuando responde de un delito activo de resultado (23). En el ámbito de la imputación objetiva estas consideraciones son decisivas, en tanto que un distanciamiento del autor respecto del comportamiento típico puede producirse cuando el resultado puede definirse dentro del ámbito de responsabilidad de otras personas o de la competencia de organización ajena al autor, en particular cuando pertenece a la propia organización de la víctima (24). La efectividad de la prohibición de regreso en ese sentido me parece clara, en la medida que permite excluir ya en el tipo objetivo la imputación del resultado en diferentes casos.

III

1. La diferenciación entre deberes positivos y negativos surge como la cuestión esencial frente a la tradicional distinción entre acción y omisión (25), pero también como un aspecto esencial en la determinación de la posición de garante, pues lo sustancial en la imputación es el deber que surge de la responsabilidad del autor. Sin embargo, la existencia de deberes positivos y negativos no implica en ningún caso una asignación respectiva de prohibiciones y mandatos. Los ejemplos son muy claros: en relación con el deber de no dañar al peatón que cruza la calzada (deber negativo), quien conduce despacio su automóvil aproximándose al paso de cebra que cruza un peatón cumple con su deber no acelerando (prohibición), mientras que si lo hace deprisa debe frenar (mandato); el médico del hospital que responde del tratamiento del paciente (deber positivo) y debe operarle (mandato) tiene prohibido embriagarse (prohibición).

De forma especial son de interés aquí los deberes positivos, en la medida que los deberes propios de la institución militar pueden caracterizarse porque las expectativas que han de ser aseguradas son las propias de la institución. La confianza en que estas expectativas no serán defraudadas no procede del sinalagma libertad de comportamiento/responsabili-

(23) JAKOBS: AT, 7/58.

(24) JAKOBS: AT, 7/57.

(25) Estas consideraciones sobre los derechos positivos y negativos están tomados del texto de la conferencia pronunciada por JAKOBS en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona el 29 de mayo de 1998 con el título «Unterlassung» (Omisión) en el marco de las Jornadas sobre *Presente y futuro de la dogmática penal europea-La aportación alemana*, dirigidas por el Prof. SILVA SÁNCHEZ. El texto manuscrito de la conferencia había sido traducido por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES y se distribuyó a los asistentes en doble columna correspondiente al original alemán y al texto de la traducción.

dad por las consecuencias, sino de la confianza en la institución militar (26). En este caso, la «reducción de todas las instituciones a una sola, a saber, al sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias que se produce por la absolutización de la idea de que pueden existir legítimamente sociedades que sean liberales en forma extrema (...) resulta incluso para tales sociedades demasiado pobre» (27) y, especialmente, en las instituciones propias de las Fuerzas Armadas.

2. En particular, esta fundamentación puede explicarse en relación con los grupos de hechos que se pretende sancionar en algunos de los delitos contra los medios o recursos de la defensa nacional (Arts.57 y ss), contra la eficacia del servicio (Arts.155 y ss CPM) y contra la integridad del buque de guerra o de la aeronave militar (Arts.165 y ss) Es cierto que podría afirmarse que quien causa daños en instalaciones o medios de transporte (Arts.155 CPM) lo hace de acuerdo con su libertad de organización y que, por ello, responde de los daños causados en tanto de los riesgos originados por esa libertad son correlativos a la responsabilidad de las consecuencias. Sin embargo, no se explica entonces la razón por la cual, ante una lesión de la propiedad estatal, se trata al autor de una forma diferente a la prevista en el CP común para los daños (Art.265 CP) en la que la sanción es sólo para delitos dolosos con un límite máximo de la pena más grave. Si se acude al argumento del deber propio del militar respecto al material de guerra y medios materiales militares, no puede huirse, por un lado, de los argumentos propios de deberes institucionales; por otro, no se explica la razón por la que la imprudencia es sancionada expresamente en el Art.155 CP.

En realidad, la explicación es más sencilla de lo que aparenta la complicación de los argumentos: las expectativas en la actuación del militar respecto del material de guerra que se pone en sus manos o al que se le facilita el acceso no son referidas al militar en particular, sino a la institución militar. El militar que daña estos medios materiales infringe un deber positivo en el que, de forma mediata, está implicada la seguridad exterior. El cumplimiento del deber positivo respecto del uso correcto del material de guerra esta relacionado no sólo con el mandato de su utilización cuidadosa, sino también con la prohibición de dañar los medios. El deber positivo se infringe en el desarrollo de una maniobra innecesariamente peligrosa

(26) El deber del militar cuya infracción específica se sanciona en la mayor parte de los tipos de la parte especial del CPM es una institución positiva, en la medida que conmina a una organización determinada, en el sentido que expone SÁNCHEZ VERA y GÓMEZ-TRELLES en *Pflichtdelikt und Beteiligurs*, Berlín, 1999, pp. 95-96.

(27) JAKOBS: expresamente en el apartado III de la conferencia indicada en nota (25).

(quien vuela con un helicóptero en una zona de riesgo en condiciones atmosféricas inadecuadas con la única finalidad de demostrar su destreza ante sus jefes o sus compañeros) como en la no evitación del resultado lesivo para el material cuando existe el deber institucional de hacerlo (quien, estando encargado de la custodia del material, no lo guarda adecuadamente cuando se aproxima una tormenta de gran virulencia) (28).

En ese mismo sentido, el Art.165 CPM sanciona la infracción del deber positivo fundado en las expectativas garantizadas por la confianza en la institución. Esta garantía se ve reforzada al sancionar a personas que tienen competencia sobre el buque o la aeronave: el comandante o el oficial de guardia, otros miembros de la dotación o tripulación o el personal militar del servicio de ayuda a la navegación. La lectura de los Arts. 166 y 167 CPM permite alcanzar esta misma conclusión.

3. La manifestación de la incidencia institucional del deber en el ámbito del derecho penal militar es tan clara que, incluso en casos en los que el derecho penal común sólo permite sancionar con una infracción del deber de solidaridad mínima, la sanción refuerza considerablemente ese deber de solidaridad, como lo demuestran los Arts. 149 a 154 CPM. En especial, el texto del Art.154 CPM es en ese sentido evidente, pues prevé una pena privativa de libertad de cierta consideración para hechos que, de ser cometidos fuera de la institución, no merecerían sino la pena de multa (29). La explicación de una exigencia de un nivel superior de solidaridad surge de nuevo de la institución y no de la organización: el militar no tiene una mayor responsabilidad en el salvamento del compañero porque haya aceptado prestar servicio en las fuerzas armadas (en el supuesto de que fuese así) sino por la interacción propia de la institución entre sus miembros y la garantía de las expectativas que pesan sobre la institución sólo puede no defraudarse sobre la base de deberes de solidaridad reforzada (30).

(28) Esta interpretación no excluye la aplicación del Art. 11 CP, sino que más bien la complementa, sin perjuicio de las críticas que indiscutiblemente merece el texto de ese precepto: el deber positivo es el deber jurídico del autor.

(29) Cfr. . JAKOBS: AT, 28/11 Sobre los deberes de mínima solidaridad y el Art. 195 CP, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal-Doctrina y Jurisprudencia-II*, Madrid, 1997, Art. 195-2 (p. 2.286).

(30) La solidaridad reforzada de la que hablo se deja notar también en el hecho de que, por ejemplo, sólo de modo «justificado» es posible excluir la sanción Si se tiene en cuenta la limitación clásica del estado de necesidad en casos (como el del militar) en el que existe la obligación de asumir el riesgo en algunas situaciones y la explicación dogmática del «riesgo» del Art. 195 CP (cfr. PÉREZ DEL VALLE: *Conciencia y Derecho penal*, Granada, 1994, p. 140; también LÓPEZ BERJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, nota (28), Art. 195-9, pp. 2291-2292), la exclusión de esa expresión supone también la necesidad de que el militar, para auxiliar al compañero, asuma ciertos riesgos.

En ese orden surge una duda de consideración. Sobre determinadas actuaciones del superior jerárquico pesa la garantía de salvación de los subordinados; es decir, la posición de garante de evitación de resultado fundada en su función en el marco de la institución. La responsabilidad en esos casos no puede ser sólo la del cumplimiento de deberes de solidaridad, pues el superior tiene a su cargo un deber positivo de garantizar las expectativas de salvación de sus subordinados, de tal modo que debería responder por el resultado de esa infracción en el caso de que pudiese imputarse a su comportamiento. No ignoro que la imputación de un homicidio del Art.138 CP —en la terminología usual, en comisión por omisión— plantearía serias dificultades desde la perspectiva de atribución de competencia, y la solución —que me ofrece algunas dudas, en la medida que la posición de garante está fundada en el mismo deber que fundamenta la agravación— sólo podría proceder de la aplicación del Art.104 CPM. cuando se ha producido un resultado de muerte Sin embargo, me parece que cabe suscitar una duda de interpretación precisamente sobre la base del Art.11 CP, que puede ser reconocida también como una sugerencia de *lege ferenda*: si la imputación de resultados de delitos comunes del CP común encuentra su respaldo en deberes institucionales militares, el delito no puede ser considerado común tampoco desde la perspectiva de la competencia de jurisdicción.

IV

1. Los criterios expuestos permiten formular algunas observaciones, criterios en relación con la imputación objetiva en casos en los que el autor está apoyado en deberes institucionales militares. El primer aspecto a tratar puede ser el último de los indicados antes y, en particular, la responsabilidad del superior jerárquico en relación con el resultado lesivo de sus subordinados en el marco de la institución (31). En mi opinión, son aplicables los criterios de distanciamiento de la responsabilidad que se utilizan para delitos en los que la responsabilidad se debe a la libertad de organización del autor (prohibición de regreso) (32). En ese orden, debe ser particularmente relevante el criterio de los resultados que caen dentro

(31) No obstante, también sobre la posibilidad de fundamentar la responsabilidad también en un deber institucional que obligue a la solidaridad, como sucede en casos de especial confianza, JAKOBS (AT, 7/66).

(32) Cfr. BACIGALUPO: *Principios*, pp. 192 y ss.

de la propia esfera de responsabilidad de la víctima o cuando el peligro pasa a ser competencia de un tercero (33).

a) En el primer caso, no existirá responsabilidad del superior cuando el subordinado ha desobedecido sus órdenes y se ha colocado en una situación que origina el riesgo en el que se encuentra, pues el peligro es sólo responsabilidad del subordinado; sólo en el caso en que no exista grave riesgo, el superior seguirá obligado, aunque ya no como garante del resultado, sino exclusivamente por el deber de solidaridad reforzada de la institución (Art.154 CPM).

b) En el segundo, no existirá responsabilidad del superior por el resultado lesivo cuando la acción de salvamento sea asignada a otro grupo o unidad diferente a aquél en el que se encuentra el superior, como sucedería cuando se le da la orden de dejar al herido para que sea recogido por una unidad sanitaria. El distanciamiento de la responsabilidad por el resultado se debe aquí a la propia distribución de competencias de la institución, que puede repartir responsabilidades para asegurar las expectativas sin contar con la voluntad expresa de las personas obligadas.

2. En segundo término, ha de examinarse la repercusión en el delito contra la eficacia del servicio del Art.155 CPM de los criterios aportados. De acuerdo con lo que se ha señalado hasta ahora, la responsabilidad del autor viene determinada por cualquier infracción del deber positivo que vincula al militar con el material que se describe en el tipo penal. La respuesta en el primer nivel de decisión sobre la imputación objetiva del resultado ¿existe un peligro jurídicamente desaprobado? está sustancialmente vinculada a la existencia de posición de garante. Sólo si puede afirmarse que existe distanciamiento de la esfera de responsabilidad del autor, puede mantenerse que no existía un peligro jurídicamente desaprobado, independientemente de la intervención de diferentes cursos causales y prescindiendo de la comprobación simultánea de elementos subjetivos que distorsionan la posibilidad de constatar un peligro jurídicamente desaprobado.

En un segundo nivel, ¿es el resultado la realización del peligro desaprobado? la solución es más sencilla. Si, pese a la posición de garante del autor respecto al resultado, el conjunto de informaciones que la infracción del deber positivo de aquél proporciona no permite explicar el resultado, éste no puede serle imputado (34). Ciertamente, si se estima que las hipó-

(33) Sobre la primera posibilidad, cfr. JAKOBS: AT, 7/61, sobre la realización de acciones que provocan un daño en una esfera que no es de su competencia.

(34) Cfr. JAKOBS 7/72.

tesis son irrelevantes, el problema decisivo es tan sólo el aislamiento del riesgo (35).

El problema de la evitabilidad del error propia de la imprudencia, que aparece como el elemento propio del tipo subjetivo del Art.155 CPM es una cuestión distinta, a la que se ha de aludir después. Pero, en cualquier caso, es evidente que se trata de la evitabilidad individual del error y no de una evitabilidad objetiva que ya está inmersa en las propias reglas del deber positivo que corresponde a quien ocupa la posición en la estructura de la organización (36).

3. En relación con la STS de 12 de mayo de 1997 la solución, de acuerdo con estos criterios, sería más sencilla. En realidad, el problema derivado de si «la actuación del recurrente fue la única causa», es, en el primer nivel de la imputación objetiva, irrelevante. El único aspecto que debería cuestionarse es si el deber positivo del sargento especialista acusado abarcaba el control de los diferentes riesgos que se pudieron constatar. La afirmación de que las explosiones se produjeron como consecuencia de la proximidad entre «los “palets”» con los proyectiles y las granadas de mano» y el lugar en el que habitualmente se llevaba a efecto «la deflagración de la pólvora procedente de la munición desbaratada» no es sino una reflexión sobre la existencia de causalidad. Incluso si se considerase aceptable la hipótesis de que las condiciones meteorológicas pudiesen haber influido en el suceso, se trataría de un eslabón más a añadir en la cadena causal, pero en ningún caso implica una decisión sobre la imputación del resultado.

El núcleo de la cuestión se encuentra, por tanto, en la determinación de la competencia del sargento especialista: su deber positivo enmarcado en la institución militar, que responde del uso correcto del material explosivo y de la pólvora con el control sobre los efectos en personas y bienes. Es evidente que dentro de su competencia se encontraba el control de las explosiones y la decisión del lugar y la forma en la que éstas tenían que llevarse a efecto. Es decir: la segunda quema en el mismo lado de la cuneta —a diferencia de la primera, que se llevó a efecto en el otro lado— en el que estaban almacenados los proyectiles y las granadas de mano fue decidida por el sargento en condiciones que provocaban un riesgo grave

(35) Cfr. JAKOBS: 7/74; BACIGALUPO, p.195.

(36) Sobre la evitabilidad individual como elemento propio del tipo penal del delito imprudente, STRATENWERTH, *Strafrecht-Allgemeiner Teil-1*, 3.ª edición, Köln, 1099; JAKOBS: AT, 9/8 y ss. Críticamente, en la doctrina española, CEREZO MIR: nota (8), pp. 155-156.

por la proximidad. Precisamente el deber positivo que afecta a personas y bienes de la institución permite que la competencia sobre el control de la quema de la pólvora abarque, sin duda, las condiciones de lugar y de tiempo de la operación. Por tanto, también el sargento era garante de las condiciones en las que se adoptó la decisión de realizar la quema. Desde esa perspectiva, me parece claro que puede afirmarse, en un primer nivel, que el sargento introdujo un riesgo desaprobado al infringir sus deberes institucionales (deberes jurídico-positivos que le competen por su posición en la institución militar).

4. En un segundo nivel, no parece que pueda ser negado que el cúmulo de información que deriva del riesgo permite explicar el resultado y que, por tanto, el resultado debe ser imputado al comportamiento del sargento acusado. Como se ha señalado, el deber respecto a las personas y bienes que recae sobre quien tiene la competencia de manejar explosivos se construye, desde la perspectiva de la institución, como un deber positivo de acuerdo con el cual debe ser controlada la explosión con sus condiciones de lugar y tiempo y, por tanto, en atención de las condiciones ambientales. Del mismo modo que parece clara la improcedencia de iniciar la quema de munición en momentos en que va a comenzar a caer una tormenta, el autor debe considerar —al menos de forma aproximada— la eficacia del viento en cuanto su velocidad y dirección pueden afectar a la quema de pólvora. En otras palabras: aunque el viento hubiese sido muy fuerte, entraba dentro de la competencia del responsable de la quema de la pólvora la comprobación de estos aspectos. La explicación es simple si se adopta el punto de partida del deber positivo: el viento no significa, desde la perspectiva del especialista en la quema de la pólvora, un riesgo general de la vida que permita excluir la imputación (37), sino un aspecto que afecta a su deber. Evidentemente, no forma parte del deber del especialista —cuya infracción implica un comportamiento jurídicamente desaprobado en los términos a los que anteriormente se ha hecho referencia— controlar la velocidad del viento, puesto que se trata de un fenómeno de la naturaleza que no puede ser sometido o limitado en sí mismo con su intervención; sin embargo, sí constituye deber del especialista la ponderación de la influencia de la velocidad y dirección del viento de acuerdo con las condiciones del lugar y tiempo de la quema. El problema, en cualquier caso, ha de tratarse de forma diferenciada en los distintos resultados; sin embargo, la razón de este tratamiento diferenciado no es en

(37) Sobre estos riesgos generales y su efecto en la imputación, BACIGALUPO: Principios, p. 195.

absoluto que se trate de efectos causados de diferente naturaleza —es decir, la «diferenciación natural» entre los daños y las lesiones, por ejemplo— sino las condiciones en las que han tenido lugar —es decir, la «diferenciación formal» entre las lesiones de un soldado a quien se le incrusta en el rostro un pequeño cristal procedente de una ventana cercana que estalla y los daños del mismo polvorín en el que produjo la explosión— estos mismos resultados.

En este sentido, ha de subrayarse que el hecho de que el resultado haya sido, en un sentido natural, «directa» o «indirectamente» ocasionado, suele ser intrascendente por sí mismo, ya que, en general (38), sólo cuando la «mediación» —es decir, el resultado «indirectamente» causado— esté constituida por un riesgo general de la vida que explique por sí mismo el resultado podría afirmarse que debe quedar excluida la imputación del resultado. En otras palabras: el resultado de la conjuntivitis traumática y los cortes en las manos o en la cara pueden ser explicados mediante la explosión, pues ningún riesgo general de la vida permite explicar por sí mismo el resultado.

a) En el caso del estallido de la ventana: los estallidos de las ventanas no son en sí mismos un fenómeno natural, y su causa puede encontrarse tanto en un fenómeno natural que constituya un riesgo general de la vida (un movimiento sísmico, por ejemplo) como en un comportamiento individualmente evitable que constituya un riesgo jurídicamente desaprobado. En este último caso, el corte derivado del impacto sobre el rostro de un soldado se explica por el estallido, y si ésta se debe, como en el caso que se comenta, a la explosión como peligro desaprobado, debe ser imputado objetivamente al autor.

b) En el caso de la conjuntivitis traumática (suponiendo que estuviese provocada por un objeto que golpea en el ojo al soldado lesionado): los objetos o los fragmentos de objetos contundentes se mueven por el aire de forma autónoma, de modo que el impulso de ese movimiento puede explicar el resultado; si el impulso es una explosión, resulta claro que el resultado puede ser explicado por ésta.

Estas argumentaciones son, en mi opinión aplicables al problema de la imputación de resultados de daños en vehículos y propiedades particu-

(38) Puesto que, como se ha señalado, si la «mediación» consistiera en el comportamiento doloso de un tercero en los términos tradicionales de la teoría de la prohibición de regreso (aunque sea bajo una terminología diferente, como sucede en el caso de ROXIN: AT, 1992, 11-104 y ss, que habla de «esfera de responsabilidad ajeno o de un tercero» en este segundo nivel), la imputación ya hubiera quedado excluida en el nivel precedente, pues el autor ya no sella garante del resultado lesivo.

lares y también a la conjuntivitis traumática, en el caso de que hubiese sido producida por una caída de la víctima; en realidad, es la complejidad de los riesgos que introduce una explosión lo que permite abarcar este amplio campo de resultados.

5. Por último, queda una referencia al problema de la imprudencia. Como se ha visto, en la argumentación utilizada hasta ahora no se ha hecho alusión alguna a lo que el autor conocía o debía conocer, y precisamente es este aspecto el que puede garantizar que pueda alcanzarse con cierto rigor una conclusión aceptable. La argumentación se ha desarrollado estrictamente en el ámbito del tipo objetivo y, de cualquier forma, se ha absorbido en su totalidad la tradicional cuestión de la «infracción del deber objetivo de cuidado». Al discutir sobre la existencia de la posición de garante y del deber positivo que deriva de la posición institucional del responsable, se ha resuelto simultáneamente todo el grupo de cuestiones que se planteaban como infracción del deber objetivo de cuidado en una construcción del tipo del delito imprudente que adoptaba una estructura separada y sustancialmente distinta de la del delito doloso.

La evitabilidad de la imprudencia es, por tanto, evitabilidad individual del error (39), de la misma forma que la evitabilidad del dolo (del comportamiento doloso) es también individual. La cuestión es, por tanto, teóricamente sencilla: si el autor conoce, en el momento de su comportamiento, el riesgo concreto que introduce, actúa dolosamente; si lo desconoce como riesgo concreto —es decir, si tiene una representación del riesgo abstracto o si no se lo representa en absoluto— y ese desconocimiento es evitable, el comportamiento es culposos.

En el caso que trato de comentar, es claro que debe rechazarse el dolo e incluso la representación del riesgo abstracto de la explosión. Sin embargo, este desconocimiento del riesgo de explosión —desconocimiento como ausencia de representación actual— era individualmente evitable, en la medida que las condiciones ambientales podían ser tenidas en consideración por el autor. El problema se encuentra fundamentalmente en la previsibilidad de los resultados lesivos, y especialmente de aquellos de sujetos o objetos cuya existencia o disposición hacia la lesión o el daño en caso de que se produjese la explosión era desconocida por el autor. Sin embargo, es suficiente aquí con una previsibilidad genérica: basta con que el autor se pudiese representar que los cristales de las ventanas de casas o de vehículos estallan cuando se produce en las cercanías

(39) JAKOBS: *AT*, 9/7 (previsibilidad de un riesgo) y 8 (individual).

una explosión; y que en el interior de los edificios o de los vehículos pueden encontrarse personas que pudieran sufrir lesiones.

El hecho de que el autor regresara al lugar avisado por el cabo que le había auxiliado y separase la caja del grupo, implica que el autor hizo todo lo posible para evitar el resultado lesivo (40); es decir, se trata de un dato que permite afirmar que no existía dolo, pues quien hace todo lo que está en su mano para evitar el resultado muestra que, en el momento de su comportamiento, no advertía que ese resultado fuese un riesgo concreto (41). En relación con la culpa, sin embargo, no aporta ningún dato que permita excluir la inevitabilidad individual de su desconocimiento —de su error— y, por ello, este dato no permite afirmar ningún aspecto que afecte a la tipicidad. La asunción de un riesgo personal para evitar la explosión o cualquiera de los resultados lesivos que podrían derivar de ella, sin embargo, debería ser considerada como un elemento que afecta a la culpabilidad (mediante una atenuación de la pena) en tanto que implica una compensación a través del reconocimiento de vigencia de la norma jurídica violada (la infracción del deber positivo); la duda sobre la vía que ofrece la ley para respaldar este efecto no debería impedir en ningún caso su aplicación, pues frente a la redacción de los Arts. 21.4 y 5 CP quedaría el recurso a la aplicación analógica del Art.21.6 CP.

6. En la argumentación precedente he intentado tan sólo explicar la forma en la que una fundamentación normativa de la imputación de resultados puede cooperar a una aplicación correcta de tipos penales que tienen un substrato normativo muy relevante, como sucede en el derecho penal militar. El tipo penal no es nunca sólo un «supuesto de hecho» que sirve de premisa menor para un silogismo perfecto, tal como se entendió siempre por los positivistas, y en el derecho penal militar esto es mucho más claro si se considera que los deberes establecidos en las normas cuya vigencia protege son deberes institucionales, que no se encuentran —en su asunción o extinción— sometidos a la mera voluntad del afectado por los mismos, sino a la estructura institucional en la que se desenvuelven. Por ese motivo, una teoría de la imputación que se apoya en la delimitación de esferas de responsabilidad a través de la descripción de posicio-

(40) Sobre este criterio en relación con el concepto de dolo, cfr. Armin KAUFMANN: «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau» (1958), en la colección de trabajos del autor *Strafrecht zwischen Sein und Wert*, Köln, 1983, pp. 59 y ss, en particular pp. 67 y ss.

(41) En relación con los criterios de prueba del dolo, PÉREZ DEL VALLE: «La prueba del error en el proceso penal», *RDPr-1994*, pp. 413 y ss; también en *Teoría de la prueba y Derecho Penal*, Madrid, 1999.

nes de garante permite obtener, desde mi punto de vista, prestaciones que quedarían imprecisamente configuradas en otro caso. Los resultados, salvo en casos muy extremos, no suelen ser diferentes, pero la argumentación aporta una mayor claridad en la conexión entre infracción del deber propio del autor y tipo penal y en el mantenimiento de vigencia de las normas jurídicas propio de la sanción dentro de la institución a la que afectan estos deberes.