

EL INCUMPLIMIENTO CULPOSO DE DEBERES TECNICOS EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

(ESTUDIO TECNICO-JURIDICO DEL ART. 402)

por José MUÑOZ SANCHEZ
Capitán Auditor

NATURALEZA JURÍDICA

El art. 402 del vigente Código de Justicia Militar (1) configura un delito formal o de pura conducta, de forma libre, de acción, unas veces, o de omisión, otras, culposo, porque únicamente la segunda de las formas de la culpabilidad encuentra en él acogida, y propio, ya que no puede ser cometido más que por quien tenga la condición de militar.

CONTENIDO SUSTANCIAL

Objeto jurídico. Objeto material. Sujeto pasivo. Perjudicado

El artículo estudiado contribuye a la tutela de los medios de acción y fines del Ejército protegiendo una amplia parcela, de innegable importancia, a saber: el cumplimiento diligente de los

(1) "El militar que incumple los deberes técnicos de su profesión especial dentro de la esfera de los Ejércitos por negligencia o ignorancia inexcusable, será castigado con la pena de seis meses y un día a tres años y un día de prisión militar o separación del servicio."

deberes técnicos propios de las múltiples profesiones especiales que en el Ejército se desempeñan.

La buena marcha de las Fuerzas Armadas resulta afectada por la inobservancia de los imperativos a que se contrae el artículo que nos ocupa. El precepto busca un comportamiento diligente, por ello es lógico que el sólo incumplimiento negligente de aquellos deberes técnicos sea delito, prescindiendo incluso de que el incumplir produzca resultados materialmente dañosos (2).

Objeto genérico del delito que configura el art. 402 es el interés del Estado en hacer posible la convivencia patria, frente a enemigos exteriores o interiores (en la medida en que ello contribuye el precepto comentado). Objeto específico es el bien particular ofendido por el delito, es decir, el diligente cumplimiento de los deberes técnicos a que se refiere. Objeto material no tiene, porque incrimina una conducta que no recae sobre objeto corporal alguno (delito de simple actividad o con resultado intransitivo.)

Son dos los sujetos pasivos del art. 402, porque son dos los titulares del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito: el Estado (sujeto pasivo mediato) y el Ejército (sujeto pasivo inmediato).

El delito que nos ocupa se encuentra entre aquella mayoría

(2) También el honor militar es bien de importancia extrema y por ello el Código marcial entiende en su art. 342 que lo vulnera la conducta del Comandante u Oficial de guardia que deliberadamente pierda su buque o aeronave. No se castiga en esta figura penal el perjuicio causado a la Hacienda militar o la disminución del poderío de las fuerzas navales o aéreas (aunque una y otro resulten naturalmente protegidos), sino que lo que se pena es la indignidad en que incurre el Comandante u Oficial responsable de la pérdida de la nave. Igualmente es bien de notoria trascendencia el cumplimiento de las órdenes y por la misma razón apuntada la mera inobservancia de ellas atenta a la disciplina castrense y se castiga en el art. 329.

Lo que sostenemos encuentra apoyo también en la jurisprudencia: la sentencia del C. S. J. M. de 20-5-40 condena la ausencia de virtudes castrenses en un General, Comandante militar de una plaza, que no reaccionó contra las agresiones de que eran objeto los Jefes y Oficiales por parte de la plebe. La sentencia del mismo tribunal de 7-3-41 condena también la pasividad de un militar profesional ante una subversión armada.

de figuras criminales en que sujeto pasivo y perjudicado se confunden. Los mismos sujetos pasivos del delito (Estado e Institución Armada) son los que tienen la condición de perjudicado.

ELEMENTO OBJETIVO

Sujeto activo

Ha de ser siempre A) un militar, B) con profesión especial dentro de la esfera de los Ejércitos.

A) El carácter militar del sujeto activo (elemento típico normativo) ha de ser precisado como primer paso para poder referir a una determinada persona la conducta que se describe en el artículo 402. Esa valoración será una valoración jurídica (3) hecha por el juzgador a la luz de los preceptos legales que señalan quién tiene condición castrense.

B) El requisito de profesión especial dentro de la esfera de los Ejércitos es otro elemento típico que exige su valoración por el juzgador. Una interpretación finalista evidencia que "profesión especial" de cuyos deberes técnicos procura el art. 402 el cumplimiento, es todo puesto o cometido cuyo desempeño requiera la observancia de una técnica, exija un conjunto de conocimientos propios de un arte o una ciencia que no sea la específica técnica o específico arte militar. La "especialidad" que se menciona en el artículo estudiado o no quiere decir nada, o no puede referirse más que a aquellos desempeños que, por su exigencia de un determinado tecnicismo, de alguna manera sean distintos de los cometidos radicalmente militares. El incumplimiento culposo de deberes militares (que llamaríamos obligaciones militares para mejor distinguirlos) no encuentra en el art. 402 su punición, sino en el 391.

Queda, pues, claro que son dos las clases de deberes a que se halla sujeto el militar que ejerce profesión especial dentro de los Ejércitos: militares y técnicos. Los primeros vienen impuestos por

(3) Cfr. MEZGER: *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 389.

su condición de individuo perteneciente a la Institución Armada, que participa de la vida militar (4), con sus características esenciales de subordinación, disciplina, sometimiento al régimen de los Cuerpos, etc. Los segundos (exigencias técnicas de función técnica; más que deberes militares deberes técnicos de “determinados” militares) son consecuencia del concreto cometido especializado que desempeñan, que pide el dominio de conocimientos proporcionados por una técnica que no es la general militar (5).

La locución “profesión especial” que figura en el art. 402 resulta equívoca, al menos en una interpretación puramente gramatical. Nos parece más acertada la de “cometido especial”.

El término “profesión especial” no hay duda que hace referencia a Cuerpos que se constituyen con individuos previamente titulados en una Facultad o Escuela (Sanidad, Veterinaria, Farmacia, Intervención y Jurídico Militar) o con un título de Escuela Superior o Facultad o con unas determinadas asignaturas aprobadas, como el Cuerpo de Ingenieros de Armamento y Construcción o poseedores de los conocimientos de un cierto oficio (mecánicos, electricistas, artificieros, etc.) como los que integran el Cuerpo de Suboficiales Especialistas.

Pero también es aplicable el art. 402 al militar que posee y ejerce en el ámbito castrense conocimientos inequívocamente técnicos —adquiridos en cursos convocados ex profeso—, como los propios de especialista en carros de combate, en detección y

(4) Las sentencias del C. S. J. M. de fechas 5-9-40, 3-5-41 y 14-12-51 utilizan la significativa expresión de “vida militar” cuando argumentan que no constituye delito el incumplimiento de los deberes militares que no hacen referencia a acto de verdadera significación castrense.

(5) Es plenamente acertada la aplicación que se hace del art. 402 en la sentencia del C. S. J. M. de 20-4-61, que afirma que se infringieron los deberes técnicos a que el precepto se refiere por el Vocal médico de una Junta de Clasificación y Revisión que al reconocer a un recluta propuso su observación por apreciar un proceso tuberculoso en evolución, iniciado dos meses y medio antes del primer reconocimiento, y al serlo por segunda vez de orden superior, a los dos meses de la anterior propuesta de exclusión, no se le aprecia ninguna lesión y se propone sea declarado soldado útil para todo servicio. Es evidente que el comportamiento del Vocal condenado reveló una ignorancia inexcusable de su profesión médica o un descuido también inexcusable en la observación de las condiciones de salud del recluta que reconoció.

localización de objetivos, en sistemas de dirección de tiro, en lectura de fotografías aéreas o en criptografía, y propiamente hablando el ejercicio de estos conocimientos no se despliega en virtud de una "profesión" especial, sino de un "cometido" especial.

En realidad, tampoco está bien utilizada la expresión "profesión especial" para hacer referencia a los Cuerpos enumerados al principio (en el párrafo anterior), porque no se trata de que sus componentes, además de la profesión puramente militar tengan la específica profesión que por sus conocimientos de otra rama de la ciencia o de la técnica desempeñan en los Ejércitos. Los que integran tales Cuerpos no tienen más que una sola profesión, la militar, dentro de la cual ejercen un especial cometido, con el que cooperan al buen funcionamiento de la Institución Armada.

Conducta.—El delito que configura el art. 402 es delito de simple actividad, porque el mero comportamiento del agente agota el tipo penal. El comportamiento del sujeto activo puede consistir en hacer lo que la técnica del cometido prohíbe (acción) o en dejar de hacer lo que esa técnica manda (omisión). Nos parece, con QUINTANO, innecesario tratar la comisión por omisión de delito culposo, como el que nos ocupa. Es indiferente la forma que el incumplimiento de deberes revista, porque no se halla especificada en el precepto. Lo que tendrá relevancia penal será que por un hacer o por un dejar de hacer el deber concreto resulte incumplido.

Resultado.—El art. 402 tipifica un delito que se perfecciona por el simple incumplimiento de deberes, sin que sea precisa una mutación real del mundo externo. No tiene, pues, otro resultado que el meramente jurídico.

Relación de causalidad.—El problema causal en sí mismo no ofrece cuestiones propias en los delitos culposos, ni, por tanto, en el configurado en el art. 402, que tiene tal carácter. Son de aplicación los principios generales. El concurso de causas sí puede presentar casos de interés. Pero como la concurrencia de causas implica muchas veces concurrencia de culpas, tratamos este punto en su lugar y hablamos aquí del supuesto en que no haya más culpa que la del sujeto activo junto a la que concurren fuerzas inconscientes, como el sueño, o la conducta de un tercero

inocente. Es de indudable aplicación el art. 402 al supuesto del médico militar que advirtiéndose preso de un sueño poderoso y creciente no lo remedia con un estimulante ni procura que otro se encargue de la vigilancia, con lo que da lugar a que el encamado en hospital castrense se desangre y muera. Los conceptos de evitabilidad y exigibilidad se corresponden. La culpa se imputa subjetivamente porque lo acontecido pudo saberse y pudo preverse y evitarse.

Tampoco habría duda de la comisión del delito del art. 402, en concurso con otro de lesiones culposas, por el farmacéutico militar que para componer una receta designa, sin cerciorarse de si tiene los elementales conocimientos, a un soldado recién destinado al laboratorio, lo que origina que a pesar de poner el elegido sumo cuidado equivoque la fórmula y provoque una grave intoxicación.

Antijuricidad.—Aunque la culpa no es en sí excepcional, sí debe serlo su castigo, porque son muchas las acciones culposas que no tienen sanción en los códigos. En la doctrina se observa una clara repulsa a la incriminación general de la culpa, al establecimiento de un único *crimen culpae*, de un delito culposo único. El Código penal español no tipifica un *crimen culpae* único, sino una pluralidad de crimina culposa porque el artículo 565 no es sino una fórmula general que ha de plasmar en uno de los tipos que, de mediar malicia, sería delito (doloso); la sujeción a la correspondiente figura típica es esencial. ¿Tipifica el art. 402 un *crimen culpae*? Fuerza es reconocer que la amplitud de su redacción, el incriminar de un modo genérico el incumplimiento de deberes técnicos, hace pensar que lo que en él se castiga es un propio delito de culpa. Pero no es éste, afortunadamente, el significado del art. 402. No estamos en presencia de una fórmula de carácter sustancial que crea un único delito de imprudencia, porque aunque pena el comportamiento negligente no es cualquier comportamiento el que se castiga, no un abstracto o indeterminado actuar (en una técnica legislativa que apenas si acertaría a no violar el principio *nullum crimen sine lege*), sino la conducta que falta a un concreto deber que ha de ser indagado previamente por el juzgador para poder incriminarla. Por esto, no puede decirse del art. 402 que carezca de módulos valorativos

por ausencia de límites típicos, como podría afirmarse si de un *crimen culpas* se tratare, porque esos límites *están indicados* en la figura: son los deberes técnicos propios de la profesión especial. Son ellos los auténticos límites del delito. Al incluirlos en su texto, el artículo estudiado está señalando el ámbito objeto de su aplicación.

El art. 402 es lo que desde Carlos BINDING, que utilizó la expresión por vez primera, se ha venido llamando "norma penal en blanco": porque establece sólo la sanción e inicia únicamente la formulación de un precepto que ha de ser completado con disposiciones que no se encuentran en el propio Código, sino que emanarán normalmente de una instancia inferior, por vía de reglamentos u ordenanzas que se refieran en su texto a los deberes que la técnica señala (6), o mediante órdenes del superior o valora-

(6) Por supuesto que el deber lo impone la técnica de la profesión, la *lex artis*, no la reglamentación que lo recoja, la valoración judicial o la orden del superior, pero es bien claro que esta orden lo recuerda o impone al subordinado para un mejor cumplimiento de las exigencias de la profesión o cometido especial. La presencia en el caso concreto del ánimo específico de desobedecer tal orden de contenido técnico enmarcaría esa conducta como delito de desobediencia o como la figura que tipifica el art. 391.

La orden del superior "mandato que, bajo la amenaza de una sanción, establece el deber jurídico de observar una determinada conducta" (SANTORO: *L'ordine del superiore nel Diritto penale*, Torino, 1951, pág. 18), precisa además, en algunos casos, un determinado comportamiento técnico que el inferior no observaría por desconocer en el caso concreto circunstancias que sólo al Mando constan. Baste el siguiente ejemplo: Durante la segunda guerra mundial se ordenó por los Jefes Médicos a los cirujanos militares que atendían hospitales de vanguardia en el frente del Este que todas las amputaciones de muslo las practicasen "en salchichón", modismo con que en términos quirúrgicos se conoce el cercenar un miembro de la misma manera que un embutido se parte en dos. Este adoctrinamiento sobre la forma de realizar la operación no dejaba de producir cierta extrañeza, porque practicándolo así, la intervención primera debía después completarse con otra, en hospital de retaguardia, en que se cortase el fémur más atrás y se recubriese con partes blandas, a fin de que el miembro amputado quedase protegido por la cicatrización del muñón. Aquella extrañeza que a algún médico militar pudo producir la orden se esfumó totalmente cuando se conocieron los motivos por los que se dió, a saber: la amputación "en salchichón" es la que más fácilmente y con más rapidez se lleva a cabo, puesto que separando el miem-

ciones del juzgador (7) que reconozcan en los imperativos técnicos su tecnicismo y su pertenencia a la profesión especial. A los efectos del artículo que nos ocupa, es irrelevante toda exigencia técnica de la especialidad que no se integre, por uno u otro camino, en el precepto que junto con la sanción compone aquella norma penal. Lo contrario equivaldría a vulnerar el principio de legalidad (8).

El incumplimiento de deberes técnicos como falta grave o leve.—Cuando esa inobservancia de deberes haya tenido lugar por negligencia excusable o por culpa levisima (previsible sólo mediante el empleo de una diligencia extraordinaria) no podrá encuadrarse en el art. 402, en el que sólo caben las formas más graves de culpa. La ilícita conducta habrá de incriminarse al amparo del art. 437, 2.º (como falta grave: dejar de cumplir los deberes militares sin incurrir en el delito señalado en el núm. 2 del artículo 391) o del art. 443 (como falta leve, bajo la rúbrica “olvido o infracción de un deber militar”). La subsunción del indebido comportamiento en uno u otro precepto se hará atendiendo a la cantidad de culpa evidenciada y al carácter del deber técnico incumplido. Expediente al que de acuerdo con la mecánica interna del Código ha de acudir para calificar un hecho como delito o como falta grave o leve (9).

Causas de justificación.—(Aspecto negativo de la antijuricidad).—En opinión de QUINTANO (a cuya op. cit., págs. 203 ss., remitimos para mayor detalle) la exigente de cumplimiento de un de-

bro sólo resta ligar los grandes vasos; la herida no se cierra y como la cicatrización es abierta, disminuye grandemente el peligro de infección; en la posterior intervención, en hospital normalmente mejor dotado, podrá terminarse con mayores garantías las últimas fases de la amputación.

(7) A veces en función de apreciaciones culturales o de experiencias en cuya formación tanta importancia tiene lo consuetudinario.

(8) En Derecho penal no existe una zona intermedia integrada por un actuar jurídicamente indiferente; una acción es prohibida o no prohibida, y, por tanto, conforme a Derecho. La existencia de tal zona ha sido afirmada en algunas ocasiones, pero no puede pretender que se conceda relevancia jurídico penal alguna. MEZGER: Op. cit., pág. 338.

(9) Así, por ejemplo, respecto de la desobediencia, que podrá constituir, según los casos, delito, falta grave o falta leve. Véase también el epígrafe “Culpabilidad”.

ber o ejercicio de un derecho sólo tendrá efecto preordenada al comportamiento imprudente mismo, no a su consecuencia lesiva, que, por no ser querida, no es susceptible de valoración independiente. La legítima defensa es de imposible estimación directa en lo culposo porque implica intención motivada. Sí puede tener aplicación la legítima defensa putativa y el estado de necesidad, igualmente putativo: el error de hecho destruye la culpabilidad si es invencible.

Desarrollo del delito.—Su naturaleza culposa impide su aparición en los grados de tentativa o frustración. Será consumado cuando la conducta responda exactamente y completamente al tipo abstracto que dibuja el art. 402, norma incriminadora (10).

Participación en el delito.—El delito que analizamos puede ser cometido por una o varias personas. Este segundo supuesto (conurrencia plural de sujetos activos) nos sitúa ante el debatido tema de la coparticipación en el delito culposo. Consideremos sumariamente respecto a la figura que nos ocupa los tres casos distintos que pueden darse:

Participación culposa en delito culposo.—La independencia entre las nociones de voluntariedad (que se da en todo delito) y malicia, permite la participación culposa plural (11) porque el delito culposo está construido de tal modo que la conciencia y la voluntad se refieren sólo a la acción y no al resultado (12). Así puede admitirse en delito de resultado externo, pero no en el configurado en el art. 402, meramente formal o de simple actividad. Si dos Oficiales del Cuerpo de Armamento y Construcción examinan conjuntamente la pieza de artillería reparada y previa deliberación conjunta declaran que se halla en condiciones de disparo, produciéndose después la muerte de un artillero al utilizarla, porque fué mal reparada e indebidamente puesta en servicio, habrá de apreciarse la comisión de sendos delitos del ar-

(10) ANTOLISEI (Francesco): *Manuale di Diritto penale*. P. Generale, Giuffrè, Milano, 1949, pág. 246.

(11) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS (Antonio): *Derecho penal de la culpa*. Editorial Bosch, Barcelona, 1958, pág. 328.

(12) Cfr. MAGGIORE (Giuseppe): *Derecho penal*. Edit. Themis, Bogotá, volumen II, pág. 140.

título 402, con sendos autores, y de un delito de homicidio por imprudencia del que los Oficiales serían coautores (13).

Participación culposa en delito doloso y participación dolosa en delito culposo.—Ninguno de tales supuestos puede tener aplicación al art. 402. La figura objeto de este trabajo es culposa y no puede hablarse de coparticipación dolosa en ella, en la que no se puede incidir más que a título de culpa. Si el incumplimiento de deberes fuese doloso habría de ser subsumido en el art. 391, 2.º, como en otro lugar decimos. Ni siquiera si en el supuesto concreto se hubiese conseguido por el que intencionalmente incumplió que otro los incumpliese culposamente. Ambas culpabilidades habrían de calificarse separadamente: Uno sería sancionado por el delito del art. 391, 2.º, otro por el delito del art. 402.

Por la misma razón tampoco puede concurrir la culpa del que comete el delito del art. 402 con el dolo del que incumple los deberes técnicos intencionadamente; responderá cada uno separadamente del correspondiente delito de los que acabamos de indicar.

Complicidad y encubrimiento.—Son posibles en el delito que estudiamos, aunque opinamos con QUINTANO (14) que una y otra forma de participación obligan por parte del cómplice y del encubridor a un conocimiento de la conducta principal, de donde resulta una difícil, aunque no imposible, armonización con la culpa.

Formas de aparición del delito. 1. *La continuación en el delito.*—No vemos inconveniente en apreciar la continuidad en determinados delitos culposos, entre los que figura el que nos ocupa. La doctrina, en su gran mayoría, suele exigir, con razón, la unidad del sujeto pasivo en los delitos dolosos continuados contra las personas, por estimar que lo contrario violaría el sentido de justicia (15). Sin embargo, cuando se consideran conductas culposas que no atentan contra bienes personales desaparecen las dificultades para estimar la continuidad: Así, por ejemplo, en la falsedad documental (cuya forma continuada —aunque dolo-

(13) Véase en el epígrafe "Concurso ideal con otras figuras".

(14) QUINTANO RIPOLLÉS: Op. cit., pág. 332.

(15) CAMARGO HERNÁNDEZ (César): *El delito continuado*. Barcelona, 1951, páginas 61 y sigs.

sa— y cuya comisión por culpa ha sido reconocida por el Tribunal Supremo).

El fundamento del delito continuado creemos con FERRER SAMA (16) y con ANTÓN ONECA (17) que está en la humanitaria tendencia a favorecer al delincuente (18) y en la utilidad o conveniencia práctica (19) y no hay razón alguna para excluir de los beneficios de la apreciación de la continuidad a los autores de delitos culposos. La unidad en el propósito necesaria para la continuidad en los delitos dolosos equivale en los culposos a la unidad en la negligencia. Es verdad que en nuestra patria reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del C. S. J. M. niega la apreciación de la continuidad en las infracciones cometidas por culpa, al postular el requisito de la unidad de propósito. Pero creemos que ante el silencio de los Cuerpos legales españoles y ante los postulados de la equidad esa dirección jurisprudencial debe cambiar en el sentido de no exigir tal presupuesto. Después de todo, la actual doctrina jurisprudencial sobre el delito continuado se ha venido formando en prolongado caminar hacia la perfección. Durante él ha dejado de exigirse la unidad de acto, la unidad de tiempo y la unidad de lugar; los autores critican también en los delitos contra la propiedad el requisito de la unidad del sujeto pasivo que todavía predica el Tribunal Supremo. Tenemos por seguro que con el tiempo se estimará por aquellos Altos Tribunales la forma continuada en los delitos culposos porque —lo hemos dicho ya— la unidad en el comportamiento descuidado equivale a la unidad en la intención que se pide para admitir la continuidad en los dolosos.

2. *Conflicto del art. 402 con otros tipos penales.*—Contemplamos en este epígrafe el llamado conflicto (aparente) (20) de

(16) FERRER SAMA (Antonio): *Comentarios al Código penal*. II, Murcia, 1947, pág. 289.

(17) ANTÓN (José) y RODRÍGUEZ MUÑOZ (José Arturo): *Derecho penal*, Madrid, 1949, I, págs. 466 y 467.

(18) Así reconocido en la sentencia del C. S. J. M. de 12-6-57 cuando dice que "la finalidad perseguida en la práctica jurisprudencial con la apreciación del delito continuado es la obtención de una penalidad más favorable al procesado".

(19) CAMARGO HERNÁNDEZ (César): *Op. cit.*, pág. 40.

(20) MAGGIORE dirá: "En realidad, ese conflicto no puede ser sino apa-

leyes penales, en el que una misma acción cae bajo la esfera de dos o más preceptos legales que la disciplinan, excluyéndose el uno al otro en su aplicación. Se plantea entonces al juzgador la tarea previa y fundamental de eliminar de las normas que regulan el caso las que no son de aplicación.

El art. 402 puede hallarse en conflicto con el art. 565 del Código penal (21) (en relación con la correspondiente figura típica), con el art. 355 (22) y con el 358, párrafo segundo (23), del mismo texto legal, y con el art. 404 (24) del Código castrense (25).

rente, pues no es admisible, en la unidad armoniosa del sistema, la desarmonía de algunas normas contradictorias. Esto quiere decir que, si ese conflicto existiese, en el ordenamiento jurídico mismo estaría la posibilidad de resolverlo y terminarlo, mediante normas oportunas. Estas pueden ser implícitas, pero pueden también ser explícitas si la ley misma ha provisto a su formulación". *Derecho penal*, I, pág. 241.

(21) "El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor. Al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se le impondrá la pena de arresto mayor..."

(22) "El juez que, por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, incurrirá en la pena de inhabilitación especial."

(23) "... el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusables, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo."

(24) "El militar encargado de la provisión o acopio de víveres, armas, municiones o cualesquiera otros efectos o elementos para el servicio de los Ejércitos que sin causa legítima faltare al cumplimiento de su comisión o autorizase su recepción y uso a pesar de no reunir las condiciones materiales o técnicas inexcusablemente necesarias, sufrirá la pena:

1.º De reclusión, si fuere en tiempo de guerra y por su causa se produjeren perjuicios de importancia para el servicio.

2.º De prisión, si fuera en tiempo de guerra y no resultaren perjuicios de importancia para el servicio, o si en tiempo de paz resultaren dichos perjuicios."

(25) La mención de descuido o negligencia que se encuentra en el segundo párrafo del art. 405 del Código de guerra no puede hacernos pensar en colisión alguna con el art. 402. La referencia al suministrador de los Ejércitos impone que el sujeto activo sea el paisano que desde fuera de ellos les provee. Además, la benignidad notable de sus penas (que se advierte con sólo compararlas con las señaladas a los muy parecidos supuestos contenidos en el art. 404) hace suponer están pensadas

El cirujano castrense que opera negligentemente al soldado, que muere, ha incumplido culposamente los deberes de su cargo técnico, que le imponen intervenir con toda diligencia. Los componentes de un Consejo de Guerra que dictan sentencia manifiestamente injusta, por negligencia o ignorancia inexcusables, faltan también a los imperativos propios de sus cometidos de jueces. El militar que dicta resolución igualmente injusta en asunto administrativo cuya decisión se le confía por su puesto técnico en la organización interna de los Ejércitos, incumple el deber de resolver con diligencia y justamente que ese puesto le impone.

¿Qué principios serán los que resuelvan esta colisión entre el artículo castrense y los comunes citados, que disciplinan la misma situación de hecho? Creemos que, fundamentalmente, el de la consunción, aunque también el de especialidad deje sentir su influencia. Los artículos comunes reseñados han absorbido el desvalor delictivo del art. 402 y por ello lo excluirán de su función punitiva. El acto principal absorbe las conductas valoradas como inferiores o adjuntas en el sentido humano de la acción. Y no cabe duda de que el *simple incumplimiento* de los deberes técnicos por el cirujano militar que operando imprudentemente produce la muerte del intervenido, o por los componentes de un Consejo de Guerra o el militar que dictan, respectivamente, sentencia o resolución en asunto administrativo manifiestamente injusto, por negligencia inexcusable, *ha de valorarse como conducta inferior y adjunta* a la propia de causar la muerte o pronunciar la indebida sentencia o resolución. La comisión de los delitos comunes incriminados en los preceptos mencionados presu-

para individuos a los que no constriñe el rigor castrense. Y ello aunque el art. 441 señala el 405 como de posible comisión por militar. Ni que decir tiene, sin embargo, que si en el caso concreto se imputase a un militar el delito del citado art. 405 y los daños que describe hubiesen sido originados por incumplimiento negligente de deberes técnicos, surgiría el conflicto de normas a que venimos refiriéndonos, que se resolvería con los mismos criterios que hemos señalado al hablar del art. 404.

Las exigencias de la especialidad y la consunción impondrían también la exclusión del art. 402 por el art. 389 cuando el incumplimiento negligente de deberes técnicos fuera causa de los daños que en este último artículo se especifican.

pone el incumplimiento de imperativos técnicos a que se contrae el art. 402. Hasta el punto de que observados tales deberes no se hubiesen realizado esos delitos. Apreciados éstos, no puede imputarse, además, el del art. 402, porque el incumplimiento que este precepto pena es consustancial a las figuras indicadas.

En realidad, el problema se plantea no como deslinde de bienes jurídicos protegidos, sino como indagación de si fueron tenidas en cuenta, al definir el delito y señalar su pena, circunstancias que, sancionadas con él, no pueden ser nuevamente castigadas. El preferente bien jurídico que se tutela oscurece —hasta el punto de atenderse solo a él a la hora de subsumir y castigar el hecho— los bienes secundarios que pudiesen resultar menoscabados por determinados aspectos de la conducta que se incrimina.

También los arts. 355 y 358 del Código penal son figuras especiales respecto del art. 402. Este precepto habla de incumplimiento de deberes técnicos sin especificar, y los arts. 355 y 358 se refieren a esos mismos deberes en cuanto inobservados por el juez —castrense— o el militar, que dictan la sentencia o la resolución; son ley especial porque recogen las características del tipo general y, además, otra, que determina la especialidad.

Fueron, sin duda, los principios de consunción y especialidad los que gestaron la sentencia del C. S. J. M., de 25 de mayo de 1955. Se enjuicia en ella, entre otras conductas, la de un cabo primero de la Guardia civil, que, siendo comandante de puesto tuvo conocimiento directo y oficial de que por un vecino de la localidad en que el puesto radicaba se hizo un ofrecimiento de dinero a cada uno de los componente de una pareja de la Benemérita sujeta a su mando, para tratar de conseguir dejaran sin efecto una aprehensión de géneros intervenidos que transportaba dicho vecino, y si bien dicho cabo primero cursó el correspondiente atestado por infracción de tasas, omitió —desde luego— toda actuación y la detención del referido individuo. Estimó el C. S. J. M. al procesado autor de un delito de prevaricación del artículo 359 del Código penal, porque, faltando a la obligación de su cargo, dejó maliciosamente de promover la persecución y castigo de un delincuente.

Pudo calificar los hechos como constitutivos del delito del ar-

título 391, 2.º, del Código castrense, donde se castiga el incumplimiento de deberes militares (culposos y dolosos, como el propio órgano jurisdiccional mantiene en repetidos fallos), porque deber militar era para el procesado la detención de la persona que sabía incurso en responsabilidad criminal, y dejó de cumplirlo. Pero el Tribunal advirtió que aunque la conducta del cabo primero se hallaba disciplinada a un tiempo por el precepto militar y el común, éste lo hacía de manera más concreta y con específicas referencias que aquél no contiene y que el comportamiento castigado por el art. 359 absorbía el mero y anejo incumplimiento de deber militar.

Cuando el incumplimiento de deberes técnicos sea de los descritos en el art. 404 y revista forma culposa, este precepto y el 402 estarán regulando una situación de hecho que, en principio, encontrará acogida en ambos y planteará una situación de conflicto. Claro es que para que la pugna aparezca el comportamiento deberá revestir forma culposa. Siendo esto así el art. 402 será excluido por el art. 404 por imperativo conjunto del principio de especialidad (*concreta* el incumplimiento a supuestos determinados) y del principio de consunción (el art. 404, con penas más graves que el 402, *incluye* el desvalor delictivo de aquél). Ahora bien, la autorización para recibir y usar los efectos que no reúnen las condiciones necesarias dada en tiempo de paz y sin perjuicio para el servicio no se incriminan en el art. 404. Quiere ello decir que habrá de sancionarse, lejos ya todo pensamiento de conflicto, al amparo del art. 402.

3. *Concurso ideal con otras figuras.*—a) *Presupuestos.*—La identidad que existirá en principio en el hecho principal regulado, en el bien jurídico protegido por el art. 402 y los tan citados del Código penal (que hacía surgir el conflicto de normas) dejará de producirse cuando el sujeto activo del delito tipificado en el art. 402 incumpla los deberes técnicos con una extraordinaria intensidad antijurídica. El especial relieve que ésto confiere al comportamiento del sujeto impide aquél oscurecimiento, aquella confusión de bienes tutelados de que antes hablábamos. Aparecen entonces claramente diferenciados los protegidos por la norma militar y por las comunes y cesa de esta manera la identidad en la situación jurídica disciplinada, requisito funda-

mental para que se produjese el conflicto de normas. La decisión del caso concreto depende del tacto jurídico del juzgador, pero la conducta incriminada en el art. 402 sólo quedará subsumida en los otros preceptos nombrados cuando encierre únicamente el mínimo de incumplimiento de deberes técnicos preciso para cometer los ya dichos delitos comunes. Nunca cuando la sentencia o resolución manifiestamente injusta se dictó por el militar con negligencia o ignorancia tal que pugnen de muy acusada manera con los deberes técnicos que le constreñían, tal vez de un modo muy especial por hallarse los Ejércitos en pie de guerra o por depender particularmente del proceder del sujeto activo el cumplimiento de importantes fines castrenses; tampoco cuando el comportamiento culposo del militar en cometido técnico pugne abiertamente con los deberes de éste carácter que sobre él pesan. Cuando se sanciona al cirujano militar que opera negligentemente y da lugar a la muerte de la persona operada, como autor de un delito de homicidio en su forma culposa, se restablece el orden jurídico violado en su ámbito común, pero es menester sancionarle también como autor del delito del art. 402 si queremos que sea restablecido el orden jurídico en la esfera castrense y que sea efectivamente tutelado el bien jurídico que el artículo que estudiamos protege.

b) *Determinación de la pena.*—El párrafo primero del artículo 238 del Código de Justicia Militar regula el concurso ideal de delitos “cuando un solo hecho constituya dos o más delitos *de los comprendidos en este Código* o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”. No es, pues, de aplicación al concurso del delito del art. 402 con los tipificados en los artículos comunes que venimos examinando, porque exige que el hecho constituya dos o más delitos de los comprendidos en el Código marcial.

Hemos de acudir al art. 237 de este texto, que nos remite en solución del concurso ideal de delito especial y delito común, al Código penal, con carácter supletorio, porque en el art. 238 ni en ningún otro del Código de guerra existe regla concerniente al concurso de figura militar y figura común. El art. 71 del Código penal, que no excluye en su texto el concurso ideal de delito común con delito especial, será, pues, de aplicación. Mas, para aplicarlo, hemos de saber cuál de los delitos que se hallan en

concurso es el más grave. De la lectura del art. 50 del Código penal y del párrafo segundo del art. 238 del Código castrense, deducimos qué delito más grave es el más gravemente penado o castigado con pena más grave.

Pero ¿cómo sabremos cuál es pena más grave, la del delito común o la del especial, si la escala de penas del Código ordinario es distinta a la del C. J. M.?

¿Será posible comparar entre sí las sanciones de ambos? Desde luego tal comparación es imposible respecto de ciertas penas; la degradación militar o el servicio disciplinario no encuentran su paralelo en el Código común. Ni siquiera la pena militar de pérdida de empleo tiene su igual en la inhabilitación absoluta y especial que, además, es pena que dura de seis años y un día a doce años, mientras la pérdida de empleo es permanente. La pena de la pérdida de la nacionalidad española no encuentra tampoco su semejante en el Código castrense.

La comparación resulta posible entre penas privativas de la libertad, respecto de las cuales puede encontrarse en cualesquiera de ambos Códigos, aunque, con distinto nombre, la pena que contenga en su extensión el tiempo de privación de libertad que señala determinada sanción del otro cuerpo legal. Sigue este criterio la sentencia del C. S. J. M. de 13-5-55, recaída en causa seguida por delitos militares y comunes, que para determinar el total tiempo de condena impuesta por un delito de insulto a Fuerza Armada atendió a la mayor de las penas que correspondían a los restantes delitos que se apreciaban (26). En realidad, para determinar la gravedad de las penas, habría de atenderse tam-

(26) Postura distinta mantiene la sentencia del Alto Tribunal de 7 de octubre de 1908, que afirma, respecto del ahora art. 237, que si además de varios delitos comunes se aprecian otro u otros militares deberán penarse separadamente, aplicando las disposiciones del Código penal a los de carácter común, y este artículo a los de carácter militar, no mezclándolos al efecto de partir de la pena más grave de todos ellos para determinar la cuantía de la imponible.

No comprendemos cómo lo que en esta sentencia se propugna es posible porque "la mayor" pena a que alude el artículo es la mayor de las impuestas, y para determinarla han de compararse todas las señaladas en el fallo de la sentencia, lo cual implica esa mezcla que prohíbe la resolución que comentamos.

bién en todo caso, y necesariamente cuando las que se comparen sean de distinta naturaleza, a otros extremos: accesorias y efectos que cada pena lleve consigo, tales como —en el Código castrense— pérdida de puestos en el escalafón, destino a Cuerpo de disciplina, pérdida de tiempo de servicio y antigüedad, prestación del servicio en funciones penosas, etc. La pena más grave privará del goce de un bien más precioso y durante más tiempo. Se determinará, en definitiva, la gravedad en cada caso concreto comparándose los resultados de la aplicación de una u otra pena. Añadamos que la pena de multa, visto el art. 74 del Código penal, es menor que la establecida en el art. 402, y que la pena de separación de servicio, que por su naturaleza no puede compararse con otra de privación de libertad, ha de pensarse, no obstante, que es menos grave que la de privación de libertad que sea superior a tres años y un día, visto también lo que el propio art. 402 dice.

ELEMENTOS SUBJETIVOS

Culpabilidad

La conducta que incrimina el art. 402 ha de consistir en el incumplimiento voluntario, por acción u omisión, de los deberes técnicos que señala. Ante una conducta que no fuese voluntaria (que estuviese viciada por la violencia o producida por actos reflejos), no podría hablarse de acto humano y carecería de significación en Derecho penal. No existe en el Derecho penal militar un precepto que permita formular una definición de la culpa en la esfera castrense. La culpa militar no será otra que la construída en la dogmática penal común: una conducta voluntaria (acción u omisión) que ocasiona un resultado antijurídico, no querido, pero sí previsible, o excepcionalmente previsto, y tal que hubiera podido evitarse con la atención debida (27).

El art. 402 pena el incumplir los deberes técnicos “por negligencia o ignorancia inexcusable”. Recordemos que la negligencia es la negación de la diligencia y, por ello, se encuentra en todas

(27) MAGGIORE: Op. cit., pág. 609.

las restantes formas de culpa: imprudencia, impericia e inobservancia de leyes o reglamentos.

La negligencia y la imprudencia.—Aunque, en última instancia, el imprudente es un negligente, porque descuida las debidas cautelas al precipitarse, al actuar prematuramente, es opinión común entre los autores que la imprudencia supone una actividad positiva y la negligencia equivale a descuido y se refiere a la omisión de la atención y diligencia debidas (28). ANTOLISEI afirma: “La imprudencia es propiamente la ligereza, la insuficiente ponderación e implica siempre una escasa consideración para los intereses ajenos. La negligencia expresa una actividad psíquica un poco diferente: Se trata del descuido y precisamente de la falta o deficiencia de atención o de solicitud”. (29). No debe confundirse, sin embargo, el descuido por defecto (negligencia) y por exceso (imprudencia), con la conducta culposa pasiva (omisión) y activa (acción).

La impericia.—No tiene especialidad en su elemento psicológico culposo. MAGGIORE la define como “la forma específica de la culpa profesional que consiste en la aptitud insuficiente para el ejercicio de un arte o profesión, en la falta de habilidad requerida para funciones determinadas”.

Inobservancia o infracción de leyes (30) o de reglamentos.—Se ha debatido largamente por la doctrina (31) si para que la culpa se proclame es preciso que además de la infracción de re-

(28) Así. CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, I (Parte General), 10ª edición, pág. 424.

(29) *Manuale*, cit., pág. 193.

(30) “Si se confiesa eficacia para elevar la imprudencia simple a delito a los meros reglamentos, como ínfima categoría de lo legislativo, tanto mayor tendrán las superiores en cuanto leyes propiamente dichas.” QUINTANO: *Op. cit.*, pág. 285.

(31) Tal discusión es inoperante a los efectos del Código penal donde, como se sabe, la mera infracción de reglamentos en que no concurra imprudencia simple o negligencia no interesa para nada al Derecho penal, ni siquiera como falta, a no ser que haya sido tipificada como tal o se remita a ella una norma en blanco. Sin embargo, para la justa apreciación de la conducta culposa que se incrimina en el art. 402 del Código de Justicia Militar, cuando tal conducta haya consistido en infringir deberes técnicos contenidos en preceptos reglamentarios, nos parece sumamente útil no ignorar la doctrina que se transcribe en la nota siguiente.

glamentos exista negligencia en el agente u omitente —lo que estimamos más correcto— o si basta la mera inobservancia (32).

Inexcusabilidad.—La negligencia y la ignorancia que se penan en el art. 402 son de aquellas consideradas como *inexcusables*. Pudiera parecer que el precepto requiere la condición de inexcusabilidad sólo en la ignorancia. En realidad, no ha querido sino reproducir la expresión consagrada en la técnica legislativa que exige la falta de excusa tanto en una como en otra forma de culpa (33). Por otro lado, la ignorancia en los deberes técnicos no es sino una forma de negligencia (*impericia*). Manifiesta una falta de diligencia el que debiendo tener unos determinados conocimientos no se los procura. La inexcusabilidad habrá de apreciarse cuando exista olvido de las precauciones que aconseja la prudencia más vulgar. Es inexcusable la ignorancia que recaiga sobre conocimientos de los que por su relieve y clara relación con la peculiaridad profesional el agente debiera tener y no resulte comprensible ni tolerable que no se tengan. Cuando se ignoran nociones sin las cuales no sea posible el desempeño acertado de las funciones asignadas (34).

(32) “No se trata de imputar objetivamente el resultado producido *mientras* el sujeto se hallaba en violación de ordenanzas, leyes o reglamentos. Esto lleva a una hipertrofia de la culpabilidad, por una parte, y por la otra parece afirmar el falso principio: dentro del reglamento, carta blanca. La violación de ordenanzas, el incumplimiento de deberes, hacen imputable el hecho, porque *ordinariamente* importan negligencia (no haberse preparado, no haber hecho caso a las exigencias) o una imprudencia (creer que los fastidiosos reglamentos carecen de objeto, o son para los que no tienen tanta capacidad, etc.). Trátase, pues, en todo caso, de índices de imprudencia o de negligencia.” SEBASTIÁN SOLER: *Derecho penal*. Buenos Aires, 1953, III, págs. 103-104.

(33) Así, en los arts. 355, 358 y 360 del Código penal.

(34) “Aunque el art. 402 se refiere a materia técnica de la profesión especial del militar responsable dentro de la esfera de los Ejércitos, no debe perderse de vista que todo militar ha de poseer los conocimientos que le sean imprescindibles para realizar funciones o servicios que las leyes o reglamentos le confieren, aunque por ventura no estén incluidos —en sentido estricto— en la ciencia o arte de su especialidad. Si se trata, por ejemplo, del desempeño de funciones de Juez Instructor o Vocal de un Consejo de Guerra, no creemos que exista duda en que el desconocimiento craso de lo más fundamental del Derecho militar, que están lla-

Aplicando la anterior doctrina al art. 402, hemos de concluir que la conducta enjuiciada encajará en él cuando en el incumplimiento de deberes técnicos se evidencie:

- a) Imprudencia temeraria.
- b) Negligencia inexcusable.
- c) Impericia (ignorancia del cometido) también inexcusable.
- d) Infracción de reglamentos que indique formas de culpa de las comprendidas en alguno de los anteriores apartados a) y c) o acompañe a la señalada en el apartado b).

No podrá incriminarse un comportamiento al amparo del artículo 402 cuando se trate de incumplimiento de deberes técnicos:

1) Por simple imprudencia o negligencia (diligencia media acostumbrada en el cometido): será constitutivo de falta militar grave o leve o de falta común, en su caso.

2) O por mera infracción de reglamentos en la que no se evidencie forma culposa alguna: sería constitutiva de una simple falta grave o leve o, en todo caso, de falta administrativa o policial, a menos que halle encuadramiento en el libro II del Código penal común.

Presunción de culpa.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la culpa no puede presumirse, que su existencia ha de fundarse, como los demás elementos de toda figura delictiva, en bases de hecho claramente establecidas. A diferencia del dolo, que se presume siempre, mientras no se acredite lo contrario, la culpa ha de estar plenamente demostrada. Desde luego, el hecho de que se hayan infringido disposiciones reglamentarias no debe llevar a dar, por supuesta, sin la debida relación causal, responsabilidad a título de culpa.

Medidas de la diligencia.—No es fácil encontrar el módulo para decidir el descuido o menosprecio que supone el actuar culposo. El deber de cuidado y la previsibilidad (lo que debe y puede preverse) debe determinarse con criterios objetivos: lo que pudo

mados a aplicar, no podrá excusarse." FERNANDO QUEROL Y DE DURÁN: *Principios de Derecho militar español*, II. Edit. Naval, pág. 602.

evitarse, con criterios subjetivos. Normalmente, por la culpa levísima no puede exigirse responsabilidad penal, al menos a título de delito, porque no se puede reclamar, en general, la diligencia máxima en los asuntos vulgares y cotidianos. No obstante, dadas las especiales características de la vida militar, y la marcada atención que pueden exigir algunos de sus momentos, procedería sancionar, si bien levemente, actos en los que se evidencie culpa de esta clase.

Causas de inculpabilidad.—La culpa, forma de la culpabilidad, resulta afectada por las mismas causas que ésta: las que anulan las condiciones de imputabilidad y las que excluyen las formas de culpabilidad. Como QUINTANO (35) afirma, son de obligada aplicación en lo culposo la enajenación, sordomudez y minoría de edad (36). No haya duda tampoco en cuanto a la apreciación en el campo de la culpa del caso fortuito, que más que una circunstancia es la negación de la culpabilidad. La eximente de fuerza irresistible halla también aceptación siempre que se produzca en el momento de realizarse el acto culposo. También sería de apreciación el miedo, en la misma circunstancia, si no estuviese excluido expresamente para el militar en el art. 185, 10, del Código marcial. QUINTANO hace también extensivo a la eximente de obediencia debida el argumento que consigna respecto de las de cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, y que ya vimos al hablar de las causas de justificación. Si la evacuación urgente y en condiciones precarias de heridos de guerra se hace por el personal médico militar en virtud de una orden, no queda por ello liberado de evitar los riesgos que para la vida de aquéllos entraña el apresurado traslado. Sólo si los necesarios y posibles cuidados se adoptan podrá tener aplicación la exención. Lo que anteriormente se dijo respecto del estado de necesidad, téngase aquí por reproducido, porque esas razones tienen aplicación tanto a la causa justificante (conflicto entre intereses desiguales) como a la de inculpabilidad (conflicto entre intereses iguales).

El incumplimiento doloso de deberes técnicos.—El modo inten-

(35) A quien seguimos en su op. cit., pág. 291.

(36) Habrá de tenerse en cuenta, claro está, las diferencias respecto del Código penal que presenta el Código castrense en su regulación de la menor edad, de la enajenación y de la sordomudez.

cional de este incumplimiento encuentra su apropiada tipificación, a nuestro parecer, en el art. 391, 2.º, del Código de Justicia Militar. Es verdad que no hay en el ordenamiento castrense un precepto dedicado exclusivamente a sancionar la forma dolosa de *caer* incumplir. Pero no es menos cierto que, en definitiva, los deberes técnicos del cometido especial que el militar desempeña dentro de la esfera de los Ejércitos son también, en sentido amplio, deberes militares, que le constriñen con urgencia castrense (37) y como tal encuentra suficiente encaje en el referido artículo 391, 2.º No puede quedar sin sanción el incumplimiento doloso cuando el culposo, más leve, es castigado. Desde luego, la creación de una figura en que con toda claridad se definiese el apropiado tipo intencional evitaría cualquier posible discusión al respecto. Pero aún en los términos actuales creemos no existirá la menor repugnancia a encuadrar en el repetido art. 391, 2.º, el incumplimiento por dolo.

Tal vez se argumente que el número 2.º del art. 391 es de naturaleza culposa y que por ello no permite la incriminación a su amparo de comportamiento doloso alguno. Nuestra opinión es distinta. Con el Consejo Supremo de Justicia Militar creemos que dicho art. 391 “por más que figure en el capítulo de negligencias, permite incluir en él, por la amplitud literal de la redacción y por el espíritu que lo inspira, comportamientos caracterizados por una modalidad genérica de la infracción que, aunque no sean rigurosamente culposos, no tengan distinto y particular enmarque en la ley Penal (sentencia 29 marzo 1957). Advertimos que el parecer transcrito se emitió por el Consejo Supremo cuando enjuiciaba hechos que denotaban un incumplimiento “abierto, contumaz y trascendente”.

(37) Las Ordenanzas del Ejército de 22 de octubre de 1768 establecen en el título XVII del Tratado segundo, que es deber ineludible de cualquier Oficial cumplir exacta y puntualmente las obligaciones de su cargo. El art. 17 del propio Tratado y título impone a los Oficiales obrar bien por propio honor y espíritu. Uno y otro deber militar los quebranta el que incumple los deberes técnicos de su cometido especial.

PENALIDAD

Sanción determinada en el Código

La pena que el artículo estudiado señala de seis meses y un día a tres años y un día de prisión militar, ofrece un amplio margen para que el juzgador determine, según las circunstancias del caso, la sanción concreta. En opinión de QUEROL "es acertada la forma alternativa de sancionar el delito de que se trata. La separación del servicio es especialmente adecuada a los casos de ignorancia; si bien ninguna malicia ni peligrosidad de tipo general demuestra la ineptitud en el agente, indica la conveniencia de que al mismo se le aparte del ejercicio de actos y servicios de trascendencia para los que se ha patentizado que es incapaz (38).

Circunstancias modificativas (39).—Creemos de indudable aplicación en el artículo que estudiamos las circunstancias atenuantes 1.ª del art. 186 y 2.ª del 189 (conurrencia de sólo algún requisito de los necesarios para eximir y eximente incompleta); 2.ª del 186 y 1.ª del 189 (menor edad); 5.ª (arrebato u obcecación), y 8.ª del 186 (motivo moral, altruista o patriótico) por su valoración psicológica y ética; serán igualmente compatibles con la culpa la 6.ª (no haberse leído al culpable las leyes penales), y la 7.ª del citado art. 186 (presentación espontánea, reparación de los efectos del delito o confesión a las Autoridades de la infracción).

No serán de estimar, en cambio, la atenuante 3.ª (provocación) ni la 4.ª (vindicación) por lo que tienen de tendencia y finalidad. Tampoco será aplicable la atenuante de embriaguez para el sujeto activo del art. 402, por expresa prohibición del propio artículo 186, 9.ª, ni la 3.ª del art. 189 (haber precedido inmediato abuso de autoridad). Resultará contraindicada la apreciación, al amparo de la atenuante última del artículo mencionado, de aquellas circunstancias que, por implicar finalidad, excluyan el posible carácter culposo. Debe descartarse también la de la preter-

(38) Ob. cit., págs. 601-602.

(39) Nos sirve de guía el estudio que sobre la aplicación de tales circunstancias a los delitos culposos comunes hace QUINTANO en las páginas 297 y sigs. de su *Derecho penal de la culpa*, citado.

intencionalidad, que aunque no reconocida expresamente en el artículo 186 ha sido apreciada al amparo de la atenuante genérica en sentencia del C. S. J. M., de fecha 25-11-55. Y ello porque la preterintención es condición esencial de lo doloso e implica des-acuerdo total entre lo querido y lo ejecutado.

Las incompatibilidades de las circunstancias agravantes con la forma culposa —y, por tanto, con el art. 402— son mucho más frecuentes. Con QUINTANO diremos que hay que prescindir en absoluto de las múltiples agravantes de tendencia, porque implican una inmediata correspondencia entre la voluntad y la intención que es incompatible con lo culposo. Tampoco son de aplicación las que, pese a su configuración objetiva, implican un comportamiento dirigido a un fin. Son circunstancias agravantes plenamente compatibles con la culpa la de reiteración (art. 187, 12) y la de reincidencia (art. 190, 1.ª). Creemos que la habitualidad (art. 190, 2.ª) implica un continuado propósito delictivo, incompatible con la forma culposa.

Responsabilidad civil.—El delito definido en el art. 402 es de simple actividad; no tiene objeto material, toda vez que la acción no se realiza sobre persona o cosa alguna. No habrá nada que restituir, daño material que reparar, ni perjuicio material que indemnizar. En la práctica tampoco habrá lugar a pronunciamiento alguno sobre indemnización de perjuicios morales, aunque no existe imposibilidad técnica para que así se acuerde.

Cuando el art. 402 se halle en concurso ideal con alguna de las figuras comunes que en su momento vimos, habrá de declararse la responsabilidad civil por los conceptos de restitución, reparación o indemnización a que haya lugar y, por supuesto, separando la que proceda de la infracción del precepto militar de aquella otra que provenga de la violación del precepto común. Deberá también declararse con base en el art. 402 la responsabilidad civil que cubra incluso aquellos perjuicios producidos a bienes secundarios menoscabados por determinados aspectos de la conducta enjuiciada y que por resultar oscurecidos por el preferente bien jurídico tutelado por el artículo estudiado lo hicieron prevalecer en su conflicto con otros tipos penales.