

LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE «NEGLIGENCIA» DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

por Juan GOMEZ CALERO

Comandante Auditor. Diplomado en Derecho penal militar

I

INTRODUCCIÓN

En orden a la noción de “culpabilidad” y a su instalación en la teoría jurídica del delito, se han formulado —como es bien conocido— muy diferentes opiniones. De entre ellas, las que gozan de mayor predicamento y revisten condición de verdaderas teorías, son tres: la psicológica, la finalista y la normativa.

Para la teoría psicológica, los presupuestos de la culpabilidad —el dolo y la culpa— son de índole estrictamente psíquica; y es la realización dolosa o culposa de una acción antijurídica la que engendra la culpabilidad y justifica la pena. Es doctrina de rai-gambre italiana. VANNINI (1), RANIERI (2), BATAGLINI (3) y BELLAVISTA (4) se encuentran entre sus partidarios. En España, PEREDA (5) la ha defendido frente al normativismo.

La teoría finalista —o de la acción finalista— desposee a la

(1) VANNINI: *Per un concetto unitario di colpevolezza*, 1926.

(2) RANIERI: *Colpevolezza e personalità del reo*, 1933.

(3) BATAGLINI: *Diritto penale*, 1940.

(4) BELLAVISTA: *Il problema della colpevolezza*, 1942.

(5) PEREDA: *El concepto normativo de la culpabilidad*, 1949.

culpabilidad de las nociones de dolo y culpa, que sitúa, respectivamente, en la acción y en el tipo. La culpabilidad, así despojada, queda reducida a la responsabilidad de un sujeto por una acción antijurídica. Doctrina genuinamente germánica, el nombre de Hans WELZEL (6), su creador, llena toda su historia. Cabe citar, sin embargo, como pensamiento afin, el de MAURACH (7), en cuanto también desvincula de la culpabilidad las nociones de dolo y culpa. Contradictor de la teoría finalista en nuestra patria, lo es, decididamente, RODRÍGUEZ MUÑOZ (8).

La teoría normativa, por último, considera la culpabilidad como una aportación del juzgador, que formula su juicio de valor o de reproche en relación con una conducta humana. Iniciada en Alemania por FRANK (9), es seguida en dicho país por James GOLDSCHMIDT (10) y MEZGER (11), entre otros muchos. En España, la introdujo RODRÍGUEZ MUÑOZ (12); fue seguida con moderación por Antón ONECA (13) y CUELLO CALÓN (14), y la han defendido denodadamente JIMÉNEZ DE ASÚA (15) y QUINTANO RIPOLLÉS (16). Se pronuncian en contra el citado PEREDA (17) y DE MIGUEL GARCILÓPEZ (18).

(6) WELZEL: *La teoría de la acción finalista* (Trad. Fontán), 1951; *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione* (Trad. Heintz), 1951.

(7) MAURACH: *L'evoluzione della dogmatica del reato del piú recente Diritto germanico*, 1949.

(8) R. MUÑOZ: *La acción finalista en Derecho penal*, 1944; *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, 1953; *La doctrina de la acción finalista*, 1953.

(9) FRANK: *Sobre la construcción del concepto de culpabilidad*, 1907.

(10) J. GOLDSCHMIDT: *La concepción normativa de la culpabilidad* (Traducción Goldschmidt y Núñez), 1943.

(11) MEZGER: *Tratado de Derecho penal* (Trad. R. Muñoz), 1949.

(12) R. MUÑOZ: *Traducción y notas al Tratado de Derecho penal, de Mezger*, 1949.

(13) Antón ONECA: *Derecho penal*, 1949.

(14) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, 1949.

(15) J. DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, tomo V, 1958.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso de Derecho penal*, tomo I, 1963; *Derecho penal de la culpa*, 1958.

(17) PEREDA: Trabajo citado.

(18) DE MIGUEL: *Panorámica de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*, 1952.

Mas, con independencia, de la posición que se adopte en relación con la culpabilidad y sus problemas (19), dos cosas son doctrinalmente ciertas: 1.ª Que la culpabilidad es elemento o requisito indispensable para la existencia del delito, porque si todo delito consiste básicamente en una acción perpetrada por un sujeto, para que haya realmente delito se requiere, de una parte, que la acción sea antijurídica y típica y esté sancionada con una pena, y, de otro lado, que el sujeto sea culpable. 2.ª Que la culpabilidad puede revestir, sustancialmente, dos formas o modalidades, que son el dolo y la culpa. Lo que no obsta —dicho sea de pasada— a la existencia cierta, en el ámbito de las legislaciones positivas, de una responsabilidad criminal objetiva, en forma de preterintencionalidad o de cualificación por el resultado.

Omitida totalmente la voz "dolo" en nuestro Código penal (20), la "culpa" es designada comúnmente con las palabras "imprudencia" o "negligencia" (21), a las que se añade, por vía de excepción, la voz "impericia" (22).

Los términos "imprudencia" o "negligencia" son jurídicamente muy afines, hasta el punto de que algunos autores los identifican. Así, PACHECO (23), GROIZARD (24), QUINTANO (25) y ALIMENA (26). Contrariamente, autores como ANTOLISEI (27), JIMÉNEZ DE ASÚA (28) y QUEROL (29) estiman la existencia de un claro matiz diferencial entre ambos conceptos. Para ASÚA, la imprudencia supone obrar o emprender actos inusitados, fuera de lo

(19) Pueden verse en DÍAZ PALOS (*Culpabilidad jurídico-penal*, 1954) y LUZÓN DOMINGO (*Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, 1960).

(20) En el art. 565, se habla de "malicia" e "intención", vocablos que los partidarios del "dualismo" (PACHECO, DORADO, SILVELA, RODRÍGUEZ MUÑOZ, JIMÉNEZ DE ASÚA, CUELLO CALÓN) identifican con la "voluntariedad" del artículo 1.º del Código.

(21) Artículos 565, 586-3 y 600 del Código penal.

(22) Artículo 565 del Código penal.

(23) PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, 1856.

(24) GROIZARD: *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, 1914.

(25) QUINTANO RIPOLLÉS: Obras citadas.

(26) F. ALIMENA: *La colpa nella teoria generale del reato*, 1947.

(27) ANTOLISEI: *Manuale di Diritto penale*, 1949.

(28) JIMÉNEZ DE ASÚA: Obra citada.

(29) QUEROL: *Principios de Derecho militar español*, sin fecha.

corriente, y que, por ello, pueden causar efectos dañosos; la negligencia, en cambio, estriba en no tomar las debidas precauciones, sea en actos excepcionales, ora en los de la vida ordinaria. A juicio de QUEROL, imprudencia supone una eficacia activa; se obra imprudentemente cuando, al realizar un acto, se prescinde de llevarlo a cabo con los cuidados y precauciones convenientes para evitar una dañosa consecuencia que, en efecto, se produce. Negligencia —según el mismo autor— importa una eficacia pasiva; se obra con negligencia por la omisión del cuidado debido, por la inexactitud o falta de escrupulosidad en el cumplimiento de los deberes.

Pues bien; es precisamente la palabra “Negligencia” la que encabeza el capítulo VIII, del título XII, del Tratado segundo, del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. El capítulo comprende quince artículos: del 388 al 402, ambos inclusive.

Al estudio del indicado capítulo, desde el punto de vista de la culpabilidad, se contrae el presente trabajo.

En atención a la señalada significación jurídica de la voz “negligencia”, como equivalente a “culpa”, se ha venido considerando tradicionalmente que todas las figuras delictivas descritas en aquellos quince artículos son delitos culposos. Así parece entenderlo, por de pronto, la exposición de motivos del propio Código castrense, la cual, respecto del capítulo expresado, se pronuncia así: “En el texto dado al capítulo de negligencia, con ligeras alteraciones, aparecen en cabeza las figuras genéricas de esa especie que recoge ya el vigente Código de Justicia Militar, y que en su mayor parte están igualmente, aunque en distintos lugares, en el de la Marina de Guerra. Como en éste se desarrolla con mayor amplitud y precisión la doctrina de la culpa penal, de él se han recogido las modalidades que figuran en los artículos 392 a 396, inclusive, y 398 a 401, también inclusive. Al hacerlo así, se ha dado, en la mayoría de los casos, aplicación general a los demás Ejércitos de las previsiones penales que el citado Cuerpo legal contiene para la Marina militar, quedando únicamente como específicas de ésta, por su propia índole, las que aparecen en los núms. 2.º y 3.º del art. 395, y arts. 399 y 400. Como novedades en el referido capítulo son de señalar las modalidades de culpa que consignan los arts. 397 y 402, con las cua-

les se estima completa la materia de que se trata. En orden a la delincuencia culposa, se mejoran considerablemente las normas vigentes, sin que sea precisa una justificación detallada de este aserto, por las razones de procedencia antes expuestas".

Entre los expositores del Derecho penal militar, QUEROL (30) entiende que el Código de Justicia Militar "tiene, como el Código común, un apartado propio para los delitos cometidos por culpa, que es el capítulo VIII, del título XII, del Tratado segundo". "Pero en vez de contener un solo artículo —prosigue— describe en quince consecutivos muy distintas especies de delincuencia culposa" (31). Las dos principales razones que este autor aduce en apoyo de la condición culposa de los delitos comprendidos en dicho capítulo, son éstas: que "lo exige la misma rúbrica o epígrafe general del capítulo, indicador de que se refiere siempre a casos de negligencia"; y que "los hechos que tales preceptos definen, de haberse cometido con intención dolosa, constituirían otro delito más grave, definido en otro lugar del Código".

Entre los tratadistas de Derecho penal común, la precedente opinión es compartida por QUINTANO RIPOLLÉS (32), en cuyo sentir son tipicidades culposas todas las comprendidas —"ya con el 'nomen' propio de imprudencia o negligencia, sinónimo en lo militar como en lo civil"— en el capítulo de "Negligencia" del Código castrense. Este mismo criterio parece ser el de JIMÉNEZ DE ASÚA (33), quien —tratando de "la culpa en el Código penal español vigente"— escribe: "La negligencia en actos del servicio toma una especial importancia en el Derecho penal militar, recibiendo sanciones severas, no sólo porque así lo impone el espíritu del Ejército, sino por las graves consecuencias que puede acarrear. Los arts. 388 a 402 del Código de Justicia Militar vigente —prosigue— castigan las diversas infracciones, que en ese

(30) QUEROL: Obra citada.

(31) El autor parte —para establecer esta correspondencia— de la consideración de la imprudencia punible como un "delito propio".

(32) QUINTANO: *La culpa en el Derecho penal militar*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, 1957. Este trabajo constituye el apartado 3 del capítulo XIII de la obra *Derecho penal de la culpa*, 1958.

(33) J. DE ASÚA: Obra citada.

capítulo figuran, con penas que van desde la separación del servicio hasta la muerte”.

Puede afirmarse, por tanto, que la idea de que los delitos agrupados en el capítulo de “Negligencia” del Código de Justicia Militar son culposos, constituye la opinión dominante.

A mi modo de ver, sin embargo, semejante opinión dista de ser jurídicamente correcta. Y seguidamente, trato de explicar mi parecer.

Ante todo, no es exacto que los quince artículos del capítulo en cuestión constituyan un apartado equivalente al art. 565 del Código penal. El art. 565 no constituye en realidad un delito autónomo, sino que en él están representadas, en versión culposa, todas las incriminaciones específicas dolosas comprendidas en el Código penal. El sistema del Código penal —sistema de incriminación abierta por lo que respecta a la culpa— consiste en describir los delitos en forma dolosa, insertando seguidamente este artículo 565 que permite incriminar todas y cada una de aquellas figuras dolosas cuando sean perpetradas por culpa. La culpa, por tanto, no es una infracción *per se*, sino una forma de culpabilidad. De ahí la configuración atípica del art. 565, que ha de concretarse siempre con referencia a un tipo delictivo doloso.

En el Código de Justicia Militar, en cambio, no sucede así. Frente al sistema de incriminación genérica del Código penal, el Código castrense adopta el de incriminación específica, y en su virtud las figuras delictivas culposas aparecen directa e individualmente tipificadas a lo largo de su articulado, incluso fuera del capítulo de la “Negligencia” (cual sucede, por ejemplo, en su artículo 405). Como escribe RODRÍGUEZ DEVESA (34), la culpa en el Código de Justicia Militar recibe un tratamiento distinto que en el Derecho común, “puesto que falta en aquél una cláusula general semejante a las contenidas en los arts. 565, 586 - 3 y 600 del Código penal”. En esta línea, los arts. 388 a 402 —sin prejuzgar ahora su respectiva condición en orden a la culpabilidad— describen comportamientos delictivos autónomos, cada uno de los

(34) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español* (Parte especial), 1968.

cuales viene sancionado con una penalidad privativa. Tales conductas punibles, agrupadas bajo el denominador común de "delitos de negligencia", en ningún caso necesitan ser relacionadas con otras figuras dolosas para integrar o construir el tipo.

Resulta de lo dicho que esta "negligencia" del Código de Justicia Militar (arts. 388 a 402) no se corresponde con la "imprudencia punible" del Código penal común (art. 565).

¿Cuál es entonces el sentido de la voz "Negligencia", a la cabeza del capítulo que nos ocupa?

A mi entender, el término "negligencia" constituye aquí, simplemente, una denominación objetiva que da nombre a un grupo de delitos —como el "espionaje", la "sedición" o el "fraude"—, pero que no implica ni prejuzga una forma de culpabilidad. No debe pensarse, por tanto, que todos los delitos agrupados bajo aquel rótulo, siendo como son incriminaciones específicas, constituyen, por el solo hecho de la agrupación, delitos culposos. Antes al contrario, so pena de confundir la *mens legis* con la *mens legislatoris*, es preciso entender que solamente son delitos culposos los tipos penales que respondan a tal concepto, y no los catalogados bajo un determinado epígrafe. Cuando el legislador declara punible un resultado típico si es causado por culpa (imprudencia o negligencia) está estructurando un delito culposo; es el caso de la incriminación genérica del art. 565 del Código penal. Pero si el legislador, diversamente, describe un determinado comportamiento y lo incrimina específicamente como delito propio (cual sucede con las figuras delictivas agrupadas en los arts. 388 a 402 del Código castrense), entonces no basta con la mera colocación de la etiqueta de "Negligencia" para que tales delitos deban ser tenidos por culposos, sino que habrá que estar a la estructura intrínseca de cada uno de ellos para determinar la forma de culpabilidad (o, en su caso, la naturaleza objetiva de la responsabilidad).

La voz "negligencia", en sentido gramatical, puede significar "desidia", "pasividad", "indiferencia", "inhibición", "inoperancia", "dejación" o "abandono"; y es lo cierto que ninguno de estos conceptos, representativos de otras tantas actitudes, excluye la voluntariedad directa. "Negligencia" también puede significar "omisión", y ésta no es más que una modalidad de la conduc-

ta (35), pudiendo ser, como ésta, dolosa, culposa o inculpable (36). Pero todas estas nociones hacen referencia a la acción, forman parte de ella (37), en tanto que la culpa —“negligencia” en sentido jurídico— es una forma de culpabilidad. Acción y culpabilidad —como es bien sabido— son términos conceptualmente distintos en la teoría jurídica del delito.

Entiendo, en fin, que la palabra “Negligencia”, colocada como título o rótulo del capítulo en cuestión, no está empleada en sentido jurídico de “culpa”, y, por tanto, no afecta a la culpabilidad, sino que lo está en el sentido gramatical expresado y viene referida a la conducta o acción. Por ser esto así, por ser aquí la voz “negligencia” una denominación objetiva, usada para identificar un grupo de delitos cuyo nexo de unión es el interés afectado y no la forma de culpabilidad, puede emplearse con toda corrección técnica la expresión “negligencia dolosa” (38), que, de otro modo, implicaría una *contradictio in terminis* absolutamente irreconciliable.

No es, por tanto, aferrándonos a la significación jurídica del vocablo “Negligencia”, puesto al comienzo del capítulo que nos ocupa, como han de ser determinados los delitos culposos en el Código de Justicia Militar.

A mi entender, la investigación de la delincuencia culposa en el Código castrense ha de ser llevada a cabo —al margen de aque-

(35) DÍAZ PALOS (*Acción, elemento del delito*, 1950) distingue entre “comisión” (acción en sentido estricto) y “omisión”; y, a su vez, dentro de ésta, entre “simple omisión” y “comisión por omisión”.

(36) La idea de que la culpa es una mera versión de la delincuencia por omisión está superada. Así, SÁNCHEZ TEJERINA: *Teoría de los delitos de omisión*, 1918. Vid. también CONDE-PUMPIDO: *La nueva estructura del tipo de omisión de socorro a las víctimas de accidente en la circulación*, 1968. Esta figura, según sentencia del Tribunal Supremo de 22-V-1968, constituye un “delito intencional y malicioso”.

(37) Análogamente, la voz “temeridad”, en el actual art. 340 bis a) 2.º del Código penal, va referida a la “acción” y no a la “imprudencia”. Vid. GÓMEZ CALERO: *Notas sobre el artículo 2.º de la Ley del Automóvil*, 1963.

(38) Usada por RODRÍGUEZ DEVESEA al reseñar la sentencia del Consejo Supremo Justicia Militar de 29-III-1957, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, 1958.

lla denominación objetiva de "Negligencia"— sobre la base de las siguientes consideraciones.

Primera.—Obviamente, el presupuesto inicial para esta labor de identificación de los delitos culposos en el Código de Justicia Militar, ha de ser el concepto mismo de delito militar (39) culposo. A este respecto, ha de consignarse que la noción de "delito culposo" (40) es sustancialmente la misma para el Derecho penal común y para el Derecho penal militar (41). Únicamente cabría resaltar, respecto de la culpa penal en el ámbito del Derecho castrense, la circunstancia de que, por su acentuado carácter profesional (42), basta cualquier grado de culpa, incluso una culpa leve (43), para engendrar responsabilidad criminal, en razón a que un "plus" de deberes corresponde a un "plus" de exigibilidad (44).

Esto sentado, cabe definir el delito militar culposo —a los precisos efectos del presente trabajo— como "una conducta voluntaria, contraria a un deber de diligencia, que causa, o implica por sí misma, un resultado típico, previsible y penado por la ley".

Glosemos, sucintamente, esta definición.

Se trata, en primer lugar, de una "conducta", expresión que se corresponde con la de acción en sentido amplio, y comprende por ello tanto la acción propiamente tal (comportamiento acti-

(39) Para el concepto de "delito militar", puede consultarse MANZINI (*Diritto penale militare*, 1932) y RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho penal militar y Derecho penal común*, 1961).

(40) Según QUEROL (Ob. cit.), el concepto de delito culposo es, en Derecho penal militar, igual en sus rasgos esenciales que en la Ley común. También MUÑOZ SÁNCHEZ (*El incumplimiento culposo de deberes técnicos en el Código de Justicia Militar*, 1964) entiende que la culpa militar no es otra que la construída en la dogmática penal común.

(41) Respecto de la diferencia entre Derecho penal militar y Derecho penal común, puede verse RODRÍGUEZ DEVESA (trabajo citado) y MILAZZO (*Il Diritto penale militare nella sua storia e la riforma delle leggi*, 1930).

(42) Al decir de QUEROL (Ob. cit.), "se trata de casos de la que se llama culpa profesional".

(43) Dice, a este respecto, el tan citado QUEROL (Ob. cit.): "No es, pues, solamente una culpa lata la que en el Derecho militar se tiene en cuenta, sino que a veces basta una muy leve".

(44) Así, QUINTANO (*Derecho penal de la culpa*, cit.). En análogo sentido, CONEJOS D'OCÓN (*Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*, 1895).

vo) como la omisión (comportamiento pasivo). Contrariamente a lo que se ha venido exigiendo por la jurisprudencia patria, la más reciente doctrina (45) considera que esta conducta no tiene que ser necesariamente lícita (46) para servir de base a un delito culposo. Ahora bien: si no tiene que ser necesariamente lícita, tampoco debe ser criminosa. A mi modo de ver, una conducta tipificada por sí sola como infracción punible (delito o falta) no puede dar lugar a un delito culposo; de modo que si en un determinado Cuerpo legal —en nuestro caso el Código castrense— se incrimina un determinado comportamiento sin resultado lesivo, e independientemente se sanciona esa misma conducta, adicionada con un resultado lesivo, este nuevo tipo así configurado no es un delito culposo, sino que— a tenor del nexo de culpabilidad entre la acción inicial y el resultado adicional— se tratará de un delito doloso (con dolo eventual) o de un delito cualificado por el resultado (47).

En segundo término, esta conducta ha de ser “voluntaria”. La palabra “voluntaria” se emplea aquí no solamente en el sentido psíquico, característico de la actuación humana, sino pretendiendo significar una conducta directamente querida, una conducta intencional o dolosa; lo que sucede es que ninguno de estos dos últimos adjetivos resulta plenamente adecuado, porque la intención hace referencia al resultado y no a la acción, y el dolo presupone un comportamiento delictivo.

En tercer lugar, esta conducta, directamente querida por el sujeto, entraña o lleva inherente la infracción de un deber: de un deber de diligencia (48), de un deber de evitar (49), de un deber

(45) JIMÉNEZ DE ASÚA (Ob. cit.), QUINTANO (Obs. cits.), CEREZO MIR (*El “versari in re illicita” en el Código penal español*, 1962), COBO (*“Praeter intentionem” y principio de culpabilidad*, 1965) y otros, se pronuncian más o menos directamente contra la exigencia jurisprudencial de la licitud inicial, exigencia que pierde terreno en la actualidad, cual reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 12-IV-1967.

(46) LUZÓN (Ob. cit.) describe la culpa como conducta “no permitida”.

(47) Vid. RICCIO: *Il dolo eventuales*, 1940; *Il reato colposo*, 1952.

(48) Vid. GIMBERNAT: *Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*, 1965.

(49) Ya en 1832 el español Santiago de ALVARADO, en su *Novísimo manual del criminalista* hablaba de este “deber de evitar”.

de cuidado (50), de un deber de atención (51); de todas estas modalidades adopta la doctrina de la culpa en Derecho penal (52). La cuestión estriba en delimitar correctamente la entidad de este deber. A tal efecto, es necesario tener presente que este "deber" —de diligencia, de cuidado, etc.— en cuya infracción reside la clave normativa de la culpa, no es uno de esos deberes cuya violación es por sí misma constitutiva de delito (como sucede con el deber inherente a un cargo o impuesto por una norma jurídica). El deber de que se trata no es —como advierte ASÚA (53)— "un deber autónomo e independiente de diligencia", ni su infracción ha de ser necesariamente ilícita; por el contrario, la exigibilidad de este deber solamente tiene efecto en concreta relación con una conducta determinada y en vista del peligro o la lesión para bienes jurídicamente protegidos. Así, pues, esta violación de un deber —sustrato de la culpa— no es confundible con la infracción, penalmente sancionada, de deberes específicos; antes bien, el incumplimiento penalmente relevante de un deber determinado es excluido por algún autor (54) de la posibilidad de realización culposa.

Finalmente, el comportamiento descrito ha de causar (o constituir por sí mismo) un resultado típico, previsible y sancionado con una pena. Este apartado final de la noción de "delito militar culposo" requiere algunas aclaraciones.

En primer término, la expresión "causar" hace referencia a una "causalidad directa, completa y adecuada" (55), que ha sido llamada "causalidad típica" (56).

(50) MEZGER (Ob. cit.) utiliza esta expresión al tratar de la culpa penal.

(51) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA (Ob. cit.), en este sentido.

(52) Es interesante anotar aquí que, para los partidarios de la doctrina finalista, la infracción del deber objetivo de diligencia forma parte del tipo, a través del desvalor de la acción. Así, para WELZEL (*Das neue Bild*, 1961. Trad. Cerezo), el desvalor de la acción típica —base de la antijuridicidad— se determina en función de la diligencia objetiva y existe cuando el sujeto ha actuado sin observar la diligencia exigible.

(53) JIMÉNEZ DE ASÚA: Ob. cit.

(54) QUINTANO RIPOLLÉS: Obs. cits.

(55) Sentencia del Tribunal Supremo de 6-X-1960.

(56) GIMBERNAT: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966.

En segundo lugar, es de señalar esta "realidad de resultado" que constituye una de las notas más características del delito culposo. Como enseña la sentencia de 11 de noviembre de 1964, "el delito de imprudencia, al ser de los llamados de resultado, ha de ser contemplado siempre en relación con el desarrollo de una actividad que desemboca en aquel resultado contrario al orden jurídico". Por eso ha podido escribir RODRÍGUEZ DEVESA (57) que "la imprudencia punible, con arreglo a la opinión dominante y a la doctrina jurisprudencial, cabe tan sólo en los delitos llamados materiales o de resultado". Y es que el delito culposo, en último extremo, se singulariza frente al doloso por la existencia en aquél de una incongruencia entre el propósito y el resultado. En el delito doloso, en efecto, el agente realiza la acción queriendo ésta y su resultado; coinciden en él la voluntad maliciosa (que afecta a la acción) y la intención (que se refiere al resultado). En el delito culposo, en cambio, el agente realiza el comportamiento negligente con voluntariedad, pero sin intención de causar el resultado típico que causa. Hay que señalar, sin embargo, que por "resultado típico" no debe entenderse necesariamente un resultado material, físicamente sensible, y menos aún, un resultado lesivo, sino el resultado descrito en la ley, a veces meramente jurídico, pero siempre con significación externa. Excepcionalmente, la acción y el resultado se identifican de tal modo que la acción agota el tipo penal, porque constituye en sí misma el resultado típico; es el caso de los delitos de mera actividad, en que la conducta misma entraña un resultado jurídico, trascendente a la esfera social y susceptible de producir perturbación.

En tercer término, este resultado ha de ser previsible (58) para el agente, porque —cualquiera que sea la posición que se adopte sobre el fundamento y la naturaleza de la culpa penal— lo cierto

(57) RODRÍGUEZ DEVESA: *Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor*, 1963.

(58) Aunque la culpa suponga normalmente una falta de cuidado y una falta de previsión, ambas nociones operan en distinto plano, pues el descuido incide sobre la acción, en tanto que la imprevisión se refiere al resultado.

es que ésta implica siempre una falta de previsión (59), necesaria —en buenos principios culpabilistas— para vincular el resultado no directamente querido (60) a la voluntad del agente.

En cuarto y último lugar, el expresado "resultado típico" debe estar sancionado con una pena, pues, de no ser así, no sería delictivo. En nuestro caso, la sanción penal debe estar establecida en el Código de Justicia Militar. Aunque —como es bien sabido— pueden existir delitos militares descritos y penados fuera del Código castrense (concretamente "en los Bandos que dicten las Autoridades militares competentes") (61), prescindo aquí, deliberadamente, de estos últimos delitos en razón a que, estando limitado el objeto de este trabajo a figuras delictivas comprendidas en el Código de Justicia Militar, a éstas ha de circunscribirse necesariamente la noción de "delito militar culposo" que acaba de ser examinada.

Segunda.—Delimitado así el concepto de "delito militar culposo" a efectos de su determinación en el capítulo que el Código castrense recoge bajo el título de "Negligencia", resulta procedente, para esta misma finalidad, tener en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, en el Código de Justicia Militar —que sigue el sistema de incriminación específica incluso en los delitos culposos— los tipos delictivos, normalmente fundamentados en la voluntariedad de la acción (62), vienen descritos en forma dolosa; y sólo cuando la acción no se describe como dolosa en función del resultado típico, es posible pensar en la existencia de un delito de otra índole: culposo o cualificado por el resultado. Dentro del ámbito de la culpabilidad, la regla general es la punibilidad a título de dolo; como excepción, la posibilidad a título de culpa sólo se reconoce en los casos en que así se exprese. Como ad-

(59) Vid. VITTOCOLONNA: *Teoria generale della colpa incriminabile*, 1914.

(60) De ser así, estaríamos ante un delito doloso.

(61) Artículo 185-2 del Código de Justicia Militar.

(62) RODRÍGUEZ DE VERA (*Derecho penal español*, cit.) se pronuncia por la exigencia del requisito de la "voluntariedad" en los delitos militares, frente a CONEJOS D'OCÓN (Ob. cit.) y sus seguidores que, al amparo de la definición contenida en el artículo 181 del Código de Justicia Militar, entienden que tal voluntariedad no es necesaria para la existencia del delito militar.

vierte MEZGER (63), el primer requisito para la determinación de la culpa es negativo y consiste en la falta de intención dolosa. “La imputación a título de culpa —escribe RICCIO (64)— tiene carácter excepcional y taxativo; en otros términos, se admite solamente, por lo que respecta a los delitos, cuando está prevista por una expresa disposición de la ley”. La culpa —como ha de reconocer QUINTANO (65)— constituye “en la mayoría de los Ordenamientos positivos vigentes, una modalidad criminal de carácter estrictamente extraordinario y excepcional”. Y es que, si hay que suponer la voluntariedad de toda infracción punible, lo que se presume es el dolo, nunca la culpa (66). “La existencia de la culpa —escribe ANTOLISEI (67)— debe ser probada cada vez; ese principio no sufre excepciones”. Por ello, ha podido escribir RODRÍGUEZ DEVESA (68) que en el Código de Justicia Militar “todas las conductas que se incriminan son dolosas en tanto en cuanto no se desprenda expresamente lo contrario”.

En segundo término, no debe olvidarse que en el Código de Justicia Militar —como sucede en el Código penal común— las figuras delictivas no se agotan con los delitos “culpables” —dolosos o culposos— aun cuando éstos constituyan la norma y el más numeroso contingente. Junto a estas dos categorías en las que la punibilidad se fundamenta en el principio de culpabilidad, existen —a título excepcional— otros tipos delictivos en los que la responsabilidad es esencialmente objetiva y que —siguiendo la terminología germánica— se denominan “delitos cualificados por el resultado” (69). Es “cualificado por el resultado” un delito cuando el resultado típico se incrimina exclusivamente en base a haber sido causado adecuadamente (70) por la acción inicial

(63) MEZGER: Ob. cit. (Trad. Rodríguez Muñoz).

(64) RICCIO: *Il reato colposo*, cit.

(65) QUINTANO: *Derecho penal de la culpa*, cit.

(66) Sentencias de 3-IV-1935, 21-XI-1946 y 10-II-1966.

(67) ANTOLISEI: *Manuel di Diritto penale*, 1955.

(68) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, cit.

(69) En cambio, la ciencia penal italiana pone el acento, para denominar estos delitos, en la preterintencionalidad. Vid. ZUCCALA: *Il delitto preterintenzionale*, 1952.

(70) GIMBERNAT (Ob. cit.): “El comportamiento base tiene que haber causado adecuadamente el resultado cualificante”.

voluntaria, pero sin que sea reprochable por dolo ni por culpa al autor de aquella acción; lo que evidentemente implica la atribución de una responsabilidad objetiva (71). Los delitos cualificados por el resultado consisten —en frase de GIMBERNAT (72)— en “un hecho base cometido culpablemente y una cualificación que no necesita ser abarcada por la culpabilidad”. Este hecho base —debido al riesgo que entraña (73)— es por sí solo constitutivo de infracción punible, dolosa o culposa (74). El acto inicial “ya es punible” (75). Y cuando a esta infracción-base se adiciona en la ley positiva un resultado material, que se incrimina con independencia de aquélla, el nuevo tipo legal así constituido es un delito cualificado por el resultado. En el Código de Justicia Militar es indubitada la existencia de este género de responsabilidad objetiva. Por una parte, el Código castrense —que no acoge la atenuante de preterintencionalidad— contiene un precepto, el art. 238, párrafo segundo (equivalente al art. 50, párrafo primero, del Código penal), que permite sancionar criminalmente cualquier resultado relictivo, distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable. Por otro lado, en la que pudiéramos llamar “parte especial” de las “Leyes penales” del Código de Justicia Militar, figuran incriminaciones específicas que responden exactamente al esquema del delito cualificado por el resultado, por cuanto en ellas se sanciona autónomamente un resultado lesivo típico, además de incriminar, como delito o falta, la sola conducta de que aquél deriva (76). Es evidente que esta responsabilidad

(71) En Alemania, la Ley de 4-VIII-1953 modificó el párrafo 56 del Código en el sentido de que, cuando la Ley penal vincula una pena más grave a una especial consecuencia del hecho, aquélla sólo podrá ser impuesta si la especial consecuencia ha sido producida, al menos, culposamente.

(72) GIMBERNAT: Ob. cit.

(73) GIMBERNAT: Ob. cit.

(74) Al decir de MAURACH (*Tratado de Derecho penal*. Trad. de Córdoba, 1962), existen efectivamente tipos de delitos cualificados por el resultado con acciones básicas culposas.

(75) Vid. CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, 1946.

(76) GÓMEZ CALERO: *El “versari in re illicita” en el Código de Justicia Militar*, 1967.

criminal de índole objetiva no puede ser catalogada como delincuencia culposa.

En tercer lugar —finalmente— debe anotarse la existencia, en el ámbito del Derecho punitivo, de tipos delictivos que sólo muy difícilmente pueden ser realizados por culpa, o que no pueden serlo en absoluto. “No cabe incriminar por culpa —escribe JIMÉNEZ DE ASÚA (77)— los hechos en que taxativa o conceptualmente se exige el elemento doloso, cuando de modo específico no se ha configurado la acción u omisión culposa a la manera que se hace con la prevaricación; tampoco es posible en aquellos delitos de tendencia (78) y en los que se determina en el tipo un elemento subjetivo del injusto; finalmente, sólo de manera muy excepcional es hacedero construir por culpa el delito de peligro (79), por lo mismo que esta clase de infracciones supone un dolo propio de poner en riesgo” (80). QUINTANO (81) pone de relieve la inadecuación a la culpa de los delitos de actividad, y muy particularmente, de los delitos de riesgo con resultado meramente jurídico (82). Dentro de estos delitos de actividad, el malogrado profesor español excluye de toda posibilidad de comisión culposa los delitos estrictamente formales, que consisten en “conductas de desobediencia”, tanto en el sentido de “incumplimiento penalmente relevante de un deber determinado” como en el sentido de “insumisión a un precepto de hacer”; también excluye los delitos de puro riesgo que no tengan ningún resultado.

Todo ello significa que siempre que nos hallemos en presencia de uno de estos tipos delictivos, habrá que proceder con suma cautela y con criterio restrictivo antes de afirmar su condición culposa.

Estas son, en suma, las consideraciones que a mi modo de ver

(77) JIMÉNEZ DE ASÚA: Ob. cit.

(78) Sentencia del Tribunal Supremo de 6-V-1933: los delitos de tendencia no pueden revestir forma culposa.

(79) Vid. CAPOLOZZA: *Evento di pericolo e colpa*, 1932.

(80) Es la “peligrosidad potencial” a que alude —respecto de la circulación viaria— la sentencia del Tribunal Supremo de 6-VII-1968.

(81) QUINTANO: *Derecho penal de la culpa*, cit.

(82) La sentencia del Tribunal Supremo de 2-IV-1934 llega a exigir “un mal efectivo y concreto” para la existencia del delito de imprudencia.

es necesario tener en cuenta para determinar qué delitos son realmente culposos dentro del Código de Justicia Militar, y, consecuentemente, para calificar con corrección jurídica —desde el punto de vista de la culpabilidad— los delitos de "negligencia" comprendidos en el mismo.

Partiendo de estas consideraciones, es momento de examinar la culpabilidad en cada uno de los delitos previstos en los artículos 388 a 402 (83), ambos inclusive, que el Código de Justicia Militar agrupa bajo la rúbrica de "Negligencia".

I I

EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS 388 A 402 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Artículo 388. El militar que pierda la plaza, buque, aeronave o puesto militar que tenga a su cargo, por no tomar las medidas preventivas o no pedir con tiempo los recursos para la defensa cuando le constare el peligro de ser atacado, incurrirá en la pena de seis años de prisión militar a muerte (84).

El precepto transcrito entraña ciertamente una incriminación de naturaleza culposa. Están en lo cierto QUEROL (85) y QUINTANO (86) cuando así lo afirman.

La conducta o acción —voluntaria, no delictiva por sí sola— es de índole pasiva u omisiva y puede consistir en "no tomar las

(83) Conceptos delictivos análogos a los comprendidos en estos preceptos se hallan en el Código penal de Yugoslavia de 2-III-1951 (artículos 337, 338 y 345), en el Código de Justicia Militar de Israel de 21-VI-1955 (artículos 43, 58, 81, 87 y 124) y en el Cuerpo de leyes criminales de Suecia de 1-I-1965 (caps. 21 y 22).

(84) Precedentes: Proyecto Schar, de 17-VII-1871; art. 274 del Código de Justicia Militar de 27-IX-1890, y art. 153 del Código penal de la Marina de Guerra de 24-VIII-1888.

(85) QUEROL: Ob. cit.

(86) QUINTANO: *Derecho penal de la culpa y La culpa en el Derecho penal militar*, cits.

medidas preventivas” o, más concretamente, en “no pedir con tiempo los recursos”.

El resultado está constituido por la pérdida de la plaza, buque, aeronave o puesto militar. A pesar de la redacción gramatical del precepto (que, al iniciar la descripción del tipo, vincula el verbo “perder” al sujeto “militar”), esta “pérdida” (que no es más que la vertiente pasiva de la “ganancia” adversa) no constituye la conducta o acción, sino su resultado.

En función de este resultado, aquella conducta o acción se acredita como imprudente por sí sola. A mayor abundamiento, la imprevisión y la infracción de un deber de diligencia se acentúan merced al conocimiento del peligro de ser atacado que la descripción legal presupone en el sujeto. Si éste tiene constancia de tal peligro, debe prever como probable el evento lesivo; y no procede con la debida diligencia si no trata de evitarlo. Tan es así que incluso cabría pensar en un supuesto de culpa consciente, más propinqua al dolo eventual que a la mera imprudencia (87).

Junto a esta vinculación psíquica —base de la culpabilidad— entre la acción y el resultado, la causalidad adecuada tiene asimismo su reflejo en la norma, al exigir ésta que el resultado típico se produzca precisamente “por” la realización de aquella conducta.

Artículo 389. El militar que por negligencia u omisión en el cumplimiento de sus deberes sea causa de daños considerables en las operaciones de guerra, será castigado con la pena de pérdida de empleo o con la de seis años de prisión militar a veinte de reclusión militar.—Si el daño considerable que resulte fuese en materia importante del servicio, pero no en operaciones de guerra, la pena será de seis meses y un día a seis años de prisión militar o separación del servicio (88).

También las tipicidades específicas que en este precepto legal se describen son, a mi modo de ver, de naturaleza culposa.

A tenor de esta norma, el sujeto realiza un determinado com-

(87) En este sentido, QUINTANO (*Derecho penal... y La culpa...*, cits.).

(88) Precedentes: Arts. 275 del Código de Justicia Militar de 1890 y 284 del Código penal de la Marina de Guerra de 1888.

portamiento ("el cumplimiento de sus deberes") sin la debida diligencia (con "negligencia" o "omisión"). Estos dos conceptos —"negligencia" y "omisión"— van referidos en el texto legal al "cumplimiento de los deberes"; y, por supuesto, la palabra "negligencia" no está empleada en su significación jurídica de "culpa", sino en el sentido meramente gramatical anteriormente señalado. Hay, pues, por parte del sujeto una infracción del deber de diligencia (89), es decir, una culpa (fundamentada en la "negligencia" o la "omisión") en el curso o desarrollo de una actividad determinada (el cumplimiento de sus deberes). Pero no se trata de un "incumplimiento de deberes", que sería subsumible —aun sin resultado lesivo— en los arts. 391 - 2 (como delito), 437 - 2 (como falta grave) ó 443 (como falta leve); los deberes se cumplen, pero se cumplen defectuosamente, imperfectamente, con "negligencia" o con "omisión" (90). Pues bien; si a causa de este comportamiento se producen, con causalidad adecuada, "daños considerables en las operaciones de guerra" (párrafo primero) o "daños considerables en materia importante del servicio" (párrafo segundo), el ciclo se completa con tales resultados materiales y las incriminaciones culposas quedan plenamente estructuradas.

Artículo 390. El militar que estando obligado a ello no se halle en una alarma, campo de batalla u otra cualquier función de armas con la debida prontitud, sin justificación de causa legítima, incurrirá en la pena de prisión militar (91).

Es este un característico delito de omisión, de estructura indubitadamente dolosa.

La acción, enunciada negativamente, consiste en "no hallarse con la debida prontitud en una alarma, campo de batalla u otra cualquier función de armas". No se trata de "comisión por

(89) Adviértase la diferente significación de este "deber de diligencia" respecto de los "deberes militares específicos", de cuyo cumplimiento se trata.

(90) Si la "omisión" constituye por sí misma otro delito, no es aplicable este precepto (sentencia del C. S. J. M. de 17-XI-1936).

(91) Precedentes: Art. 276 del Código de Justicia Militar de 1890.

omisión" (92) puesto que no se persigue resultado material alguno, sino de "omisión" propiamente tal. Según viene descrito el tipo legal, esta acción es dolosa (93), lo que no excluye la posibilidad de que el delito pueda cometerse por culpa.

Desde otro punto de vista, el delito es de mera actividad —bien que negativa, como queda dicho— y ello abunda en su calificación de infracción dolosa, ya que —según se indicó— la ausencia de un resultado objetivo dificulta la incriminación a título de culpa.

La frase "estando obligado a ello" que figura al comienzo del artículo, denota que estamos ante un supuesto concreto de infracción de un deber militar; y es precisamente en este incumplimiento de una obligación específica donde reside la antijuridicidad, básica de la sanción.

El precepto exige la ausencia de "justificación de causa legítima"; exigencia superflua, por cuanto la concurrencia de una circunstancia de exención de responsabilidad en cualquiera de sus modalidades (94), determinaría la inexistencia de delito, aun cuando el precepto legal no lo dijera expresamente.

Artículo 391. Será castigado con la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar o con la de separación del servicio: 1. El militar que no mantenga la debida disciplina en las fuerzas de su mando o no proceda con la energía necesaria para reprimir en el acto cualquier delito militar, según los medios de que al efecto disponga. 2. El que, sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el art. 350 (95), deje de cumplir sus deberes militares (96).

(92) Véase *supra* nota 35.

(93) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 22-V-1968, citada *supra*, en nota 36.

(94) Se habla de causas excluyentes de la "acción", de la "tipicidad", de la "antijuridicidad", de la "imputabilidad", de la "culpabilidad" y hasta de la "punibilidad".

(95) Se trata de un error material sufrido en la publicación de la Ley de 21 de abril de 1949, pues la norma se refiere al artículo 351.

(96) Precedentes: Arts. 277 del Código de Justicia Militar de 1890 y 155-1 del Código penal de la Marina de Guerra de 1888.

De acuerdo con la orientación generalmente seguida respecto de todos los delitos de ese capítulo, DÍAZ LLANOS (97) afirma que "los delitos castigados en este artículo son culposos".

Puesto que el contenido de cada uno de los dos párrafos de este artículo es claramente diferente, procede examinarlos por separado:

Apartado primero.—El primer apartado del artículo que se examina comprende, a su vez, dos incriminaciones diferentes: el no mantener la debida disciplina y el no proceder con la energía necesaria. Una y otra constituyen delitos de mera actividad (sin resultado objetivo), de actividad negativa (por omisión) y dolosos.

Son dolosos porque la mera actitud negativa en que, respectivamente, consisten se describe como querida por el sujeto. Tal actitud podrá deberse a un deliberado designio (lo que constituiría un elemento subjetivo del injusto o un dolo adicional específico) o a mera desidia. Pero, en cualquier caso, cada uno de estos dos tipos penales refleja un comportamiento doloso.

Si por consecuencia de este comportamiento sobreviniera además un resultado material lesivo, estaríamos ante un nuevo delito, cualificado por el resultado.

Apartado segundo.—Aunque el precepto legal no lo diga expresamente, el sujeto activo de este delito ha de ser un "militar" (98).

Calificado de "cajón de sastre" (99), en su texto pueden subsumirse muy distintas conductas, lo que explica el crecido número de sentencias dictadas en torno a este precepto por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Por lo que respecta a la culpabilidad, el tipo delictivo previsto en este párrafo segundo ha sido catalogado, casi sin excepción, como de naturaleza culposa. Así lo entiende QUEROL (100),

(97) DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, 1964.

(98) Al decir de VICO (*Diritto penale militare*, 1917) la condición de militar es el presupuesto de los deberes militares. En igual sentido, QUEROL (Ob. cit.). La infracción de deberes militares está específicamente sancionada en la generalidad de las Legislaciones castrenses (Turquía, 22-V-1930 y 16-VI-1964; Dinamarca, 7-V-1957, etc.).

(99) DÁVILA y GARICANO: *Legislación penal militar*, 1946.

(100) QUEROL: Ob. cit.

“aunque no sea más —dice— que por su inclusión en el capítulo destinado a la negligencia”. Diferente razón aduce QUINTANO (101) para quien esta figura “es, desde luego, de forma culposa, porque de perpetrarse con finalidad ulterior quedaría inmersa en los tipos dolosos respectivos, desde el de traición al de desobediencia, con el que tantas afinidades morfológicas presenta” (102).

Pero, ¿estamos realmente ante un delito culposo? Entiendo que no. Tal como viene descrito el tipo, este delito presenta una estructura netamente dolosa, por cuanto se trata, en principio, de un comportamiento directamente querido. El que estando obligado a cumplir un deber inherente a su cargo, un deber profesional, prefiere conscientemente abstenerse de hacerlo, está actuando con plenitud de dolo, aunque no persiga una “finalidad ulterior” (que constituiría un dolo específico) y aunque su actitud obedezca a mera desidia (y sea tildado de “negligente”). Lo que sucede es que, al examinar la figura delictiva que nos ocupa, puede crearse una confusión entre la infracción de un deber genérico de diligencia, atención o cuidado (103) y consiguiente causación de un resultado objetivo (lo que configura un delito culposo), y la infracción de un deber profesional específico que integra por sí sola un resultado típico (y que, si se comete a sabiendas, constituye una infracción dolosa). Así lo estimó la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 29 de marzo de 1957, ya citada en estas líneas (104), según la cual el precepto legal que se examina “por más que figure en el capítulo de la negligencia, permite incluir en él, por la amplitud literal de la redacción y por

(101) QUINTANO (*Derecho penal...*, cit. y *La culpa...*, cit.). Teniéndola por tipicidad específica”, para QUINTANO esta figura “en parte hace las veces de un *numeros apertus* en la culpa, al modo del artículo 565 del Código penal común”.

(102) Ya ha quedado citada —*supra*, nota 97— la opinión de DÍAZ LLANOS respecto de la totalidad del artículo.

(103) En esta línea, algunas sentencias del C. S. J. M. hablan de “imprevisión, lamentable descuido y olvido” (23-III-1955), de “falta de previsión y diligencia” (17-VI-1955), de “falta de diligencia aconsejada por la más elemental cautela” (6-XI-1957); locuciones todas ellas que, más que a la infracción de un deber normativamente impuesto, hacen referencia a los postulados de la culpa penal.

(104) Véase *supra*, nota 38.

el espíritu que la 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". No se trata, sin embargo, de una tipología culposa en la que pueden eventualmente subsumirse conductas dolosas, sino al revés. Estamos, en realidad, ante un delito de desobediencia. No, ciertamente, de la "desobediencia" que se tipifica en la sección segunda del capítulo I del título X del Código de Justicia Militar, referente a la desobediencia, inobservancia, incumplimiento o contrariación de "órdenes" o "instrucciones" y expresamente excluida por la norma que nos ocupa; pero sí de desobediencia en el sentido de insumisión a deberes cuyo cumplimiento es imperativo. Ya ya ha quedado señalada la dificultad de que estos delitos de desobediencia —sea a órdenes o a deberes— pueden ser catalogados como delitos culposos.

Lo cierto es, en fin, que las tipicidades como la que se examina vienen estructuradas —cual advierte QUINTANO (105)— en un plano de objetividad prevalente; lo que representa una medida de interés pragmático —tendente a reforzar la coactividad de los preceptos— que precisamente determina la subsunción de conductas culposas en tipos dolosos, y no lo contrario.

Tan dolosa es la figura delictiva descrita en este párrafo segundo del art. 391, como la prevista en el párrafo primero del artículo 351, a que aquél se refiere. La diferencia sustancial estriba en que el art. 351 exige —por una parte— además del dolo propio de incumplir el deber, un elemento subjetivo adicional (excusar tal incumplimiento con "males supuestos" o con "cualquier otro pretexto"), y —por otro lado— que el hecho tenga lugar "en tiempo de guerra" (106); circunstancias ambas que justifican la más grave penalidad señalada.

Al sancionar penalmente el mero incumplimiento de deberes, sin requerir la producción de un resultado lesivo, "se adelantan —como hace notar RODRÍGUEZ DEVESA (107)— las barreras de la

(105) QUINTANO: *Derecho penal...*, cit.

(106) En tiempo de paz, el hecho integra la falta grave del artículo 437-9 del Código de Justicia Militar.

(107) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, cit. En opinión de este mismo autor, "la simple infracción de un deber militar, que no le-

protección penal, sin esperar a que se produzca un resultado dañoso o una situación de peligro" (108).

Por lo demás, la norma de que se trata constituye un precepto en blanco que ha de ser complementada con las disposiciones administrativas correspondiente, para determinar el catálogo de "deberes militares" exigibles. Que este incumplimiento de deberes militares constituya delito (art. 391 - 2), falta grave (art. 437 - 2) o falta leve (art. 443) depende —como expresa la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 14 de diciembre de 1951— de "la importancia, rango y trascendencia de los deberes incumplidos, cuando los hechos no están taxativamente recogidos en otro artículo del Código".

"Meramente reiteraciones —escribe QUINTANO (109)— en las conductas a que se acaba de aludir, apareciendo a veces como verdaderos concursos de leyes, se hallan en los arts. 392, respecto a incumplimiento de operaciones; 393, sobre separación de unidades en la Marina, y 395, 396 y 397, en referencia a diversos servicios de las Ordenanzas de Tierra, Mar y Aire". Pero es lo cierto que —diferenciando de los términos genéricos en que está redactado el artículo 391 - 2 cuestionado— cada uno de aquellos artículos se refiere, como en su momento veremos, al incumplimiento de un deber específico y determinado.

Artículo 392. El militar que sin causa legítima dejare oportunamente de emprender y cumplir en cuanto de él dependiere, la expedición que se le hubiese confiado o la operación o servicio que se le ordenare, sufrirá la pena: 1. De doce años y un día de reclusión militar a muerte, si fuese en tiempo de guerra y por su causa se produjeran perjuicios de importancia para el servicio. 2. De seis meses y un día

stone ni ponga en peligro ningún interés jurídicamente protegido, no debe trascender de la esfera disciplinaria" (Exposición de síntesis al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, 1967).

(108) Análogamente, para NUVOLONE, sancionar los delitos de mero riesgo significa llevar la lucha por la defensa de la vida a una trinchera más avanzada.

(109) QUINTANO: *Derecho penal...*, cit. y *La culpa...*, cit.

a seis años de prisión militar, si fuere en tiempo de guerra y no resultaren perjuicios de importancia para el servicio, o si en tiempo de paz resultaren dichos perjuicios (110).

Existen en este artículo dos clases de delitos —no coincidentes con los dos apartados del precepto— que deben ser examinadas separadamente:

1.ª La primera de estas dos clases está representada por un tipo delictivo de mera actividad, concretamente de actividad negativa u omisiva, y consiste en dejar oportunamente de emprender y cumplir la expedición o la operación en tiempo de guerra, sin resultado perjudicial para el servicio.

Se trata indudablemente de una figura delictiva de estructura dolosa; en ello abunda su doble catalogación como "delito de peligro" y a la vez como "delito de desobediencia". Es, efectivamente, delito de peligro —de peligro abstracto, puesto que la norma no exige la creación de un peligro concreto (111)— por cuanto su perpetración es susceptible de engendrar un riesgo para el servicio que puede traducirse en resultado dañoso. Es delito de desobediencia —de desobediencia atípica— por cuanto consiste en no cumplir la misión "confiada" o el servicio "ordenado".

En cuanto a la locución "causa legítima", hay que entender que significa "circunstancia eximente de la responsabilidad"; y en tal sentido, su expresa mención resulta superflua.

2.ª La segunda de aquellas dos categorías delictivas comprende los tipos penales que se configuran cuando, por consecuencia de aquella conducta omisiva, de aquel comportamiento-base, se ocasionan —en tiempo de guerra o en tiempo de paz (párrafos primero y segundo del artículo)— "perjuicios de importancia para el servicio".

Prescindiendo de la circunstancia, puramente accesoría, de que los hechos tengan lugar en paz o en guerra, ¿cuál es la calificación jurídica correspondiente a estos delitos desde el punto de vista de la culpabilidad?

(110) Precedente: Art. 172 del Código penal de la Armada.

(111) Vld. sobre peligro abstracto y concreto, FERRER SAMA: *Consideraciones sobre la figura delictiva establecida por el párrafo 1 del artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962, 1964.*

Es evidente que, en estas modalidades, el resultado lesivo típico constituye la razón de su propia incriminación. Y es claro, asimismo, que —si bien se alude en la norma a la causalidad adecuada (112)— no existe en aquélla ninguna referencia a la exigencia de culpa como condición necesaria para vincular al sujeto la responsabilidad del resultado. La conclusión es, por tanto, que estamos ante figuras delictivas cualificadas por el resultado, en las que —como en todo supuesto de preterintencionalidad— la culpabilidad inicial, aún circunscrita a la acción, sobrevive en el resultado lesivo. Así, el militar que, por desplegar el expresado comportamiento omisivo, dé ocasión, mediante causalidad material adecuada, a la producción de estos perjuicios, incurrirá en la responsabilidad establecida en este precepto. Ello será así —aunque no tuviera intención dolosa de provocar tales resultados lesivos ni pueda atribuírsele culpa en la producción de los mismos— por cuanto la exclusión de una y otra forma de culpabilidad exige, conforme al art. 185 - 8 del Código de Justicia Militar, la licitud del acto inicial; y aquí, el acto inicial o comportamiento-base es, por sí solo, constitutivo de delito.

Artículo 393. El militar con mando de unidad, Comandante de buque (113) o aeronave (114), que por falta de la debida diligencia se separase de la unidad superior de que forme parte, sufrirá la pena: 1. De seis a doce años de prisión militar, si el hecho hubiere tenido lugar a la vista del enemigo o de rebeldes o sediciosos. 2. De seis meses y un día a seis años de prisión militar, si el hecho hubiere ocurrido en tiempo de guerra sin estar a la vista del enemigo o de rebeldes o sediciosos (115).

(112) Hay que entender que la expresión "por su causa", inserta en el párrafo 1 del artículo, concierne también al párrafo 2 del mismo.

(113) Vid. Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante, de 22-XII-1955. También, FARIÑA QUITIÁN: *El buque de guerra*, 1941.

(114) Vid. Ley de navegación aérea, de 21-VII-1960; Ley penal y procesal de la navegación aérea, de 24-XII-1964, y Reglamento de circulación aérea, de 16-VI-1965. También, BRAVO NAVARRO: *Condición jurídica del Comandante de aeronave de Estado*, 1964.

(115) Precedente: Art. 174 del Código penal de la Marina de Guerra.

Estamos, ciertamente, en presencia de figuras delictivas indubitadamente culposas. Es más, puede afirmarse que la estructura de este artículo guarda notoria afinidad con el art. 565 del Código penal. Uno y otro, en efecto, constituyen, por lo que respecta al comportamiento culposo, incriminaciones abiertas, pues ninguno de ellos expresa en qué ha de consistir aquel comportamiento, limitándose a exigir que el resultado típico respectivo se cause "por imprudencia" (en el art. 565 del Código penal) o "por falta de la debida diligencia" (en el art. 393 que se examina). Ello es cosa distinta de lo que sucede en las tipicidades culposas anteriormente examinadas, en las que la "falta de diligencia", es decir, la "culpa", aparece más o menos determinadamente descrita: no tomar las medidas preventivas o no pedir con tiempo los recursos, en el art. 388; negligencia u omisión en el cumplimiento de deberes, en el art. 389.

La afinidad, empero, desaparece en orden a la descripción del resultado típico. Mientras el art. 565 del Código penal —exponente de tipicidad indirecta— se remite a los resultados típicos descritos como delitos dolosos en el articulado del propio Ordenamiento, el art. 393 del Código de Justicia Militar —enmarcado en su sistema de incriminación específica— describe directamente el resultado típico punible: la separación (por parte del militar con mando de unidad, o Comandante de buque o de aeronave) de la Unidad superior de que forman parte. Este resultado podrá no ser materialmente lesivo; pero representa en todo caso una mutación o alteración físicamente sensible en la esfera militar en que se produce.

Si el hecho tiene lugar a la vista del enemigo o de rebeldes o sediciosos, la sanción es más grave (apartado 1); si ocurre en tiempo de guerra, sin estar a la vista del enemigo o de rebeldes o sediciosos, la penalidad se mitiga (apartado 2); si faltan ambas circunstancias, el hecho constituye la falta grave del artículo 441 del Código de Justicia Militar. Pero en todos los supuestos, se trata de infracciones culposas, sin género de duda (116).

(116) Las correspondientes infracciones dolosas se describen en el artículo 348 del propio Código de Justicia Militar.

Artículo 394. El Comandante u Oficial de guardia que en accidente de mar perdiera su buque por negligencia o produjera averías por igual causa abordando buque de guerra o mercante, sufrirá las penas de prisión militar o separación del servicio.—Incurrirá en la misma pena el que, mandando aeronave, cometiere en análogas circunstancias el delito definido en el párrafo anterior (117).

La clave de este precepto legal, a efectos de determinar la estructura de los delitos en él comprendidos desde el punto de vista de la culpabilidad, reside en la expresión “por negligencia”, consignada en su texto. Con base precisamente en dicha locución, considero que se trata de tipicidades culposas (118).

Puesto que el precepto describe determinados resultados lesivos típicos y exige su causación “por negligencia” para establecer la penalidad correspondiente, es claro que tales resultados han de ser criminalmente reprochables a título de culpa (119).

Los resultados lesivos típicos que el precepto describe son: la pérdida del propio buque o la producción de averías, “abordando (120) buque de guerra o mercante” (conforme al párrafo primero), y la pérdida de la propia aeronave o la producción de averías “en análogas circunstancias” (a tenor del párrafo segundo).

Por lo demás, la voz “accidente”, en la expresión “accidente de mar” del párrafo primero, no tiene aquí el sentido de “caso fortuito” o “acción incalculable” que reviste en el art. 185 - 8 del Código de Justicia Militar (art. 8.º - 8 del Código penal común), sino la acepción meramente usual de “suceso” o “acaecimiento” (121), que nada significa en orden a la culpabilidad.

(117) Precedentes: Arts. 182 y 183 del Código penal de la Armada.

(118) De “infracción culposa de resultado”, califica QUINTANO (*Derecho penal...*, cit.) el abordaje marítimo previsto en este artículo.

(119) Conforme a lo anteriormente dicho, no es lo mismo cometer un “delito de negligencia”, que delinquir “por negligencia”. Como en el artículo anteriormente examinado, y como en el 565 del Código penal, se prescinde de concretar el comportamiento negligente.

(120) Vid. ORCASITAS: *Nueva legislación de abordajes*, 1954.

(121) Idéntica a la que reviste en la expresión “accidente de tráfico”.

Artículo 395. Se impondrá la pena de separación del servicio o de prisión militar de seis meses y un día a seis años: 1. Al Comandante que habiéndose separado por causa legítima de la Escuadra o Unidad militar a que pertenezca no volviese a incorporarse a ella tan pronto como las circunstancias lo permitieren. 2. Al Comandante que varado su buque lo abandonare habiendo probabilidades de salvarlo, o que considerando inevitable el naufragio no pusiese todos los medios para salvar la tripulación, transportes, armas, pertrechos, municiones de boca y guerra, caudales del Estado o correspondencia oficial. 3. Al Comandante que habiendo naufragado con su buque, no practicase cuanto fuere dable para mantener unida su tripulación en buena disciplina y proveer a su sustento (122).

Puesto que cada uno de los tres apartados de este artículo comprenden tipicidades delictivas distintas, es procedente examinarlos por separado:

Apartado primero.—La situación fáctica que este precepto describe es la de un Comandante que, habiéndose separado por causa legítima de su Escuadra o Unidad militar, no se reincorporase inmediatamente a ella, tan pronto como las circunstancias lo permitieren. Así pues, la conducta que se sanciona es la que podríamos llamar "reincorporación tardía", valorándose el retraso en función de aquellas circunstancias. Considero, sin embargo, que el precepto comprende también la "falta de reincorporación", puesto que si la ley sanciona lo menos, con mayor razón sanciona lo más. La duda, empero, puede plantearse respecto de la posible inclusión de esta "falta de reincorporación" en el art. 348 del propio Código castrense, que incrimina la acción de "separarse" de la Escuadra o División. Pero es evidente que uno y otro precepto describen comportamientos distintos, pues una cosa es separarse —por dolo o por culpa— de la Escuadra o Unidad (artículos 348 y 393 del Código de Justicia Militar, respectivamente), y otra cosa es no incorporarse a las mismas (art. 395 - 1, en cuestión). Es en la acción —y no, como opina QUEROL (123),

(122) Precedente: Art. 175, núms. 2, 4 y 5, del Código penal de la Marina de Guerra.

(123) QUEROL: Ob cit.

en la forma de culpabilidad— donde radica la diferencia entre el art. 348 y el 395-1, ambos del Código castrense.

Pues bien; tanto la no reincorporación como la reincorporación tardía —injustificadas una y otra, por supuesto— ¿constituyen comportamientos intrínsecamente culposos?

Ciertamente, no.

La no reincorporación constituye una conducta omisiva que —conforme a lo ya indicado— puede ser dolosa, culposa o inculpable. Y tal como aparece redactada la norma, sin ninguna alusión a los elementos constitutivos de la culpa, dicha conducta se incrimina en base a su realización dolosa.

Igualmente dolosa es la reincorporación tardía, según la describe el precepto. No es que el retraso no pueda ser debido a culpa; lo que sucede es que el tipo delictivo en cuestión no viene estructurado en función de la culpa, sino en función del dolo; ello es así por cuanto la norma penal se limita a describir una acción y a sancionarla con una pena, sin referencia alguna a los presupuestos determinantes de la responsabilidad criminal culposa.

En ambos casos se trata de conductas sin resultado lesivo. Pero hay resultado material, implicado en la acción misma, pues cuando el Comandante no se reincorpora o lo hace con retraso, se produce una perturbación trascendente, en el ámbito de la Defensa nacional.

Apartado segundo.—En este apartado segundo se configuran dos tipos delictivos netamente diferentes. Así pues, procede examinarlos por separado:

1.º El primero de estos tipos consiste en el abandono del buque varado por su Comandante, habiendo probabilidades de salvarlo.

Se trata, a mi juicio, de un delito de estructura dolosa. La acción, querida por el agente, consiste en el abandono del buque (124). Abandonar el buque significa aquí dejarlo en la situación de varadura en que se halla y ausentarse de él. El tipo legal

(124) Este "abandono" nada tiene que ver con el que se menciona en los arts. 587 y 590 del Código de Comercio.

no exige otro resultado material que el consistente en el voluntario abandono del buque, habiendo probabilidades de salvarlo.

Esta última locución —“habiendo probabilidades de salvarlo”— no constituye, a mi entender, una “condición objetiva de punibilidad”, sino un elemento integrante del tipo, toda vez que la circunstancia de que existan o no tales probabilidades, aun siendo objetiva, condiciona decisivamente la antijuridicidad de la acción de abandono, y no meramente la punibilidad de la misma.

Es de advertir que la norma no exige expresamente el conocimiento subjetivo de aquellas probabilidades, por parte del Comandante. Basta, conforme al texto del precepto, que las mismas existan, sean o no conocidas del sujeto. Si, además, el sujeto las conoce, tal circunstancia fortalece la condición dolosa que, en sí mismo, reviste el tipo legal.

Mas ¿qué sucede si el Comandante del buque cree que no existen probabilidades de salvarlo? Hay que adelantar, a este respecto, que tal creencia siempre resulta errónea, puesto que el tipo exige la existencia objetiva de aquellas probabilidades. ¿Cuál será la influencia de este error?

Hay que distinguir dos supuestos.

El primer supuesto se da cuando el error es invencible. Conforme a la recta doctrina, el error invencible sobre un extremo fáctico integrante de la antijuridicidad típica (125) debe determinar la eliminación del dolo y de la culpabilidad en general (126), y con ello, la inexistencia del delito (127). Esto es lo ortodoxo. Pero, en el caso que nos ocupa y por lo que respecta a la responsabilidad, es dudosa la posible acogida de aquella tesis excluyente: porque la norma que se examina no requiere el conocimiento, por parte del sujeto, de la existencia de probabilidades de salvar el buque; porque el art. 181 del Código de Justicia Militar no exige expresamente la voluntad dolosa para la configuración legal

(125) Es el “error sobre los caracteres objetivos del tipo” o “Tätbestand irrthum” de la doctrina alemana (Graf du Dohna, etc.).

(126) FERRER SAMA: *Error (Derecho penal)*, 1956, afirma que, en caso de error invencible, desaparece toda culpabilidad.

(127) MAGGIORE: *Diritto penale*, 1949, exige, para la existencia de delito, el conocimiento no solamente del tipo objetivo, sino también de su significación ético-jurídica.

del acto punible, y porque el error disculpable no puede ser incluido en el catálogo de eximentes del art. 185 del propio Código.

El segundo supuesto concurre cuando el error es vencible. En tal caso, ¿qué sucede?

Sabido es que el error vencible —afectando a los elementos del tipo— ha sido considerado por algún sector de la doctrina científica como la esencia de la culpa penal. Prescindiendo de las opiniones, más o menos ambiguas, de VON LISZT (128) y MERKEL (129), son ALIMENA (130) y FERRER SAMA (131) quienes llevan a sus últimos extremos la asimilación de la culpa al error, entendiendo el primero que el error, básico de la culpa, consiste en la equivocada interpretación de las condiciones en que se obra, y afirmando el segundo que los distintos casos de culpa no son sino aplicación de la teoría del error vencible.

Pero es lo cierto que el error vencible no se identifica con la culpa ni da lugar al nacimiento de ésta en todo caso. Aunque ya CARRARA (132) advirtió la diferencia entre culpa y error, han sido autores como BETTIOL (133) y RICCIO (134) los que han puesto de relieve que es la falta del cuidado debido, típica de la culpa, la que genera el error.

Esta es la doctrina aplicable —en caso de error vencible— al precepto legal que se examina. El Comandante cree abandonar un buque que no tiene probabilidades de salvación. Su creencia, por supuesto, es errónea. Pero, además, tal error es vencible, y obedece a no haber procedido el sujeto con la atención debida en la formación de su conocimiento. Por esta falta de diligencia, se produce una discordancia entre la acción directamente querida (el abandono de un buque que no tiene probabilidades de salvación) y el resultado realmente producido (el abandono de un

(128) VON LISZT: *Tratado de Derecho penal* (Trad. Jiménez de Asúa), 1927-29.

(129) MERKEL: *Derecho penal* (Trad. Dorado Montero) 1899.

(130) F. ALIMENA: *La culpa*, 1947.

(131) FERRER SAMA: *Error (Derecho penal)*, cit.

(132) CARRARA: *Programa del Curso de Derecho criminal* (Trad. Jiménez de Asúa), 1922.

(133) BETTIOL: *Diritto penal (Parte generale)*, 1945.

(134) RICCIO: *Il reato colposo*, cit.

buque que sí tiene probabilidades de salvación). Se configura así un supuesto de culpa penal, es decir, de realización por culpa, de un tipo delictivo doloso.

Quiere esto decir, en definitiva, que el tipo penal que estamos examinando, aun estructurado y descrito en la ley en forma dolosa, puede ser cometido por culpa, lo que sucede, concretamente, en caso de error vencible sobre las probabilidades de salvación del buque. Obviamente, ello debería trascender a la punibilidad, y la comisión culposa debería ser sancionada con pena inferior a la establecida en la norma para el tipo doloso. Mas, por una parte, el objetivismo con que este precepto legal está concebido, y, por otra, la inexistencia en el Código castrense de un artículo equivalente al 565 del Código penal (que permitiese incriminar a título de culpa un hecho definido como delito doloso, cual es el caso presente) (135), son circunstancias que obstruyen aquella deseable repercusión que el cambio de dolo a culpa debería tener en la penalidad.

2.º El segundo de los tipos delictivos configurados en este apartado segundo del precepto legal que se examina, sanciona al Comandante que "no pusiere todos los medios" para salvar las personas y cosas que la norma señala, "considerando inevitable el naufragio".

Hay en esta figura un "elemento subjetivo del injusto" o "elemento subjetivo del tipo" (136), porque la antijuridicidad típica requiere que el sujeto "considere inevitable el naufragio". Es indiferente que el naufragio se produzca o no, o que sea o no sea inevitable; basta con que el Comandante considere que lo es.

Se trata de un delito de mera actividad; concretamente, de omisión. La acción omisiva consiste en "no poner todos los medios"; y ella sola integra el tipo penal, sin necesidad de que se produzca un resultado lesivo.

(135) QUINTANO (*Derecho penal...*, cit. y *La culpa...*, cit.) sostiene, a este respecto, la sugestiva tesis de que "el precepto genérico del artículo 565 del Código penal común sigue ostentando también validez en el ámbito militar, aplicable en idéntico sentido de tipicidad indirecta que le es característico", constituyendo "una de tantas ocasiones de prolongación de la Ley penal".

(136) Vid. DÍAZ PALOS: *Antijuricidad*, 1950.

El tipo, consiguientemente, es de naturaleza dolosa.

Apartado tercero.—Otro tanto cabe decir del delito previsto en este apartado tercero. Con la diferencia de que el tipo anterior exige la consideración subjetiva de que el naufragio es inevitable, y en el presente se requiere que el naufragio se haya producido; la estructura de ambas figuras penales es sustancialmente la misma.

La acción, en el precepto que se examina, consiste en “no practicar cuanto fuere dable”, para lograr los fines que se indican.

Sin exigencia de resultado alguno, se trata de un delito de mera actividad omisiva, que reviste evidentemente forma y estructuración dolosa.

Artículo 396. El Comandante u Oficial subordinado que no hubiese preparado o mandado preparar debidamente el buque, aeronave o fuerzas de su mando o destino, conforme a los preceptos de ordenanza u órdenes recibidas, o que careciendo de medios al efecto no los hubiere reclamado oportunamente, sufrirá en tiempo de guerra la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar o separación del servicio, y en tiempo de paz, si se derivase perjuicio para el servicio, seis meses y un día a tres años de igual pena (137).

El precepto legal describe dos comportamientos distintos, cada uno de los cuales, en tiempo de guerra, integra por sí mismo una figura delictiva: mientras que, en tiempo de paz, estas mismas conductas sólo llegan a constituir delito “si se derivase perjuicio para el servicio” (138).

De aquí surge ya una primera distinción, pues en el primer caso se trata de “delitos de actividad”, y en el segundo, de “delitos de resultado”.

De los comportamientos aludidos, el primero —“no preparar debidamente el buque, aeronave o fuerzas, conforme a los preceptos de ordenanza u órdenes recibidas”— constituye por sí solo una actividad omisiva, de desobediencia, bien por insumisión a un pre-

(137) Precedentes: Art. 176 del Código penal de la Armada.

(138) Caso contrario, sería la falta grave del art. 441 del Código de Justicia Militar.

cepto de hacer, bien por incumplimiento de una orden imperativa. Desobediencia que, al ser incriminada por sí sola, sin exigencia legal de resultado alguno, integra un delito de configuración dolosa.

Lo que se acaba de decir es aplicable —excepto la calificación de "desobediencia"— al segundo de los comportamientos indicados (la no reclamación oportuna de medios, careciendo de ellos), que constituye también una conducta omisiva, igualmente dolosa.

Todo cambia, empero, cuando uno u otro comportamiento tienen lugar en tiempo de paz, supuesto en el cual la norma exige para su incriminación la producción de un resultado lesivo; concretamente, la derivación de un perjuicio para el servicio.

En tal caso, entiendo que las dos conductas inicialmente aludidas engendran, respectivamente, un delito cualificado por el resultado y un delito culposo.

Es cualificado por el resultado el delito cuando dicho resultado se deriva de la falta de preparación del buque, aeronave o fuerzas, puesto que tal omisión, en contravención de "preceptos" u "órdenes", es en sí misma constitutiva de acto punible, bien en forma de "incumplimiento de deberes" (139), bien a título de "desobediencia" (140). Así, pues, si de esta conducta punible, querida por el agente, se deriva un resultado lesivo ajeno a su voluntad, esta nueva figura delictiva tiene la condición de "cualificada por el resultado", y se imputa al sujeto (en función de un objetivismo subyacente) a título de dolo.

Si, por el contrario, el perjuicio para el servicio proviene de la falta de reclamación oportuna de los medios de que se carece, estamos ante una conducta que reúne las siguientes características: es voluntaria, no es por sí misma constitutiva de infracción punible, e implica olvido de un deber de diligencia. Puesto que, además, esta conducta da lugar a un resultado lesivo, el delito culposo queda perfectamente configurado.

(139) Arts. 391-2, 437-2 y 443 del Código de Justicia Militar.

(140) Arts. 327 a 329, 437-1 y 443 del Código de Justicia Militar.

Artículo 397. El que por negligencia deje de transmitir a buque, aeronave u otra unidad militar las marcaciones o señales a que esté obligado, será castigado con la pena de prisión militar.—Si por la misma causa las diere equivocadas, incurrirá en igual pena, siempre que fuese en tiempo de guerra o se produjesen perjuicios de importancia para el servicio (141).

Los dos apartados de este artículo requieren ser examinados separadamente:

Apartado primero.—Este apartado primero describe una omisión que entraña el incumplimiento de un deber; porque el sujeto deja de transmitir las marcaciones o señales “a que está obligado” (142). Así planteado el esquema, podría constituir un delito doloso, de no ser porque aquella omisión —a tenor del precepto— ha de ser realizada “por negligencia”; se trata, pues, de un hecho —el dejar de transmitir las marcaciones o señales— ejecutado “por” negligencia; es decir, culposamente.

En realidad, esta omisión de la transmisión, sin dejar de constituir una actividad del sujeto, lo que representa de modo más relevante es el resultado típico. Puede repetirse aquí lo expuesto a propósito de los arts. 393 y 394 del Código de Justicia Militar respecto de la afinidad con el 565 del Código penal. También el que ahora se examina deja sin concretar en qué ha de consistir la “negligencia” (limitándose a consignarla en la descripción del tipo) y señala un resultado típico (la no transmisión de las marcaciones o señales obligatorias) que, al ser debido a “negligencia”, constituye el hecho punible, indubitadamente culposo.

Apartado segundo.—El apartado segundo del art. 397 que nos ocupa, abarca, a su vez, dos supuestos delictivos netamente diferenciables, según que la transmisión equivocada produzca o no “perjuicios de importancia para el servicio”.

1.º El primero de estos dos tipos penales, circunscrito a “tiempo de guerra”, no exige la producción de tales perjuicios para establecer la pena. Se trata, pues, de un supuesto en el que, “por

(141) Sin precedentes en los Códigos penales militares anteriores.

(142) Al decir de QUINTANO (*Curso de Derecho penal*, 1963), “la omisión desconoce primordialmente un precepto positivo de obrar o hacer”.

negligencia", se comete una acción errónea (143), no directamente querida, cual es la transmisión equivocada de las señales o marcaciones. Se ve aquí claro lo anteriormente dicho (144) en el sentido de que no es el error el que engendra la culpa, sino al contrario; máxime cuando, en el presente caso, es precisamente el hecho de incurrir en error el que constituye el resultado típico punible.

Es, por tanto, un delito culposo, no distinto en lo sustancial del descrito en el apartado primero del mismo artículo, con la salvedad de que el resultado típico, representado en aquél por la no transmisión de las marcaciones o señales, consiste en éste en transmitir las equivocadas.

2.º El segundo supuesto de este apartado viene referido a "tiempo de paz", y, por esta razón, exige, para la imposición de igual pena, un resultado lesivo: la producción de "perjuicios de importancia para el servicio".

Entiendo que se trata de un típico delito cualificado por el resultado. Es el mismo hecho anterior —punible tanto en tiempo de guerra (145) como en tiempo de paz (146)— al que se adiciona en este supuesto la causación de determinados perjuicios, sin exigencia de nexo culpable alguno entre aquella conducta inicial punible y este resultado lesivo adicional (147). Es el clásico esquema del delito cualificado por el resultado.

Artículo 398. El militar que por negligencia diere lugar a que sea conocido el santo y seña o una orden reservada

(143) Sentencia del Tribunal Supremo de 7-V-1953: "Aun conceptuando el error como 'acción desacertada o equivocada', debe su origen a una falta de ponderación conveniente en la apreciación de los elementos precisos para mover la voluntad o la inteligencia hacia los resultados correspondientes".

(144) Véase *supra*, art. 395-2, apartado primero.

(145) Art. 397-2 del Código de Justicia Militar, que se acaba de examinar.

(146) Art. 441 del Código de Justicia militar.

(147) Entre la conducta negligente inicial y este resultado lesivo adicional se interpone la "transmisión equivocada", que es el verdadero resultado típico del delito culposo.

sobre el servicio de armas, será castigado, en estado de guerra, u ocasionándose perjuicio, con la pena de prisión militar (148).

La estructura del texto legal transcrito —en el que, al decir de QUINTANO (149), “se tipifican formas de culpa de un modo expreso e inequívoco”— es muy semejante a la del apartado segundo del art. 397, que acabamos de examinar. Aparecen en él los dos mismos supuestos que allí vimos: uno en tiempo de guerra (que no exige un resultado dañoso), y otro en tiempo de paz, “ocasionándose perjuicios”.

El primer supuesto integra un delito culposo, de fórmula abierta en cuanto a la conducta negligente determinante del resultado típico, el cual, circunstanciadamente descrito, está representado por el hecho de que “sea conocido el santo y seña o una orden reservada sobre el servicio de armas”. Resultado típico no directamente querido por el agente, su causación “por negligencia” (150) —cualquiera que sea la conducta negligente— constituye un delito culposo.

El segundo supuesto entraña —como en el apartado correspondiente del artículo anterior— un delito cualificado por el resultado. El tipo penal existe —como falta o como delito— con sólo revelar, o dar lugar a que sea conocido, el santo y seña o la orden reservada. Esto sólo ya integra un “resultado típico”, que en el precepto legal de que se trata es causado “por negligencia”. Si además se sanciona la producción de un resultado lesivo —el perjuicio que la norma señala— no directamente querido ni directamente vinculado a la acción negligente inicial (cuyo resultado típico es el conocimiento del santo y seña o de la orden reservada), es evidente que estamos ante un delito cualificado por el resultado.

(148) Precedente: Art. 180 del Código penal de la Marina de Guerra.

(149) QUINTANO: *Derecho penal...*, cit. y *La culpa...*, cit.

(150) No es ocioso insistir en que la expresión “por negligencia” (negligencia en sentido jurídico) alude a una forma de culpabilidad; en tanto que la locución “delito de negligencia” (negligencia en sentido gramatical) constituye una denominación objetiva.

Artículo 399. El Oficial de guardia que a bordo de su buque se durmiere o embriagare o se ocupare en cualquier distracción que le separe de la constante vigilancia que debe observar en el servicio, sufrirá la pena: 1. De seis a doce años de prisión militar si por esta causa se perdiere el buque por apresamiento, varada o naufragio, o se causare el naufragio de otro por abordaje o se verificase el hecho al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos; y 2. De seis meses y un día a seis años de prisión militar, si por esta causa, sin perderse el buque, se ocasionasen en él averías graves o se causaren a otro buque por abordaje (151).

Estamos, ciertamente, ante uno de los preceptos más debatidos del Código de Justicia Militar. Independientemente de los problemas relativos al abordaje marítimo (152), la sanción penal del hecho de dormirse constituye —como escribe QUINTANO (153)— “lugar común de censura dirigida por los enemigos del Derecho militar a éste como paradigma de ciega responsabilidad objetiva”. No cabría decir lo mismo, ciertamente, de la embriaguez (otra de las conductas incriminadas), ya que —como he escrito en otra ocasión (154)— “la punibilidad de la embriaguez se justifica en estos casos en razón a que el acto material de ingerir bebidas alcohólicas hasta llegar a aquel estado es voluntario y consciente, y, como tal, atribuible al sujeto, el cual, cuando realiza tal conducta, es todavía imputable”. Pero, aun con referencia a la “dormición”, es de tener en cuenta —como advierte el Tribunal Supremo (155)— que, si bien el hecho de dormirse puede ser un acto involuntario, “a ese momento de inconsciencia siempre precede un estado de somnolencia, del que se da cuenta el agente”. Con mayor razón, en fin, es voluntario el acto de “ocuparse en cualquier distracción”, que constituye la última de las tres modalidades de acción, en el texto legal que nos ocupa.

Circunscribiéndonos al aspecto de la culpabilidad, tema de nuestro estudio, encuentro en el presente artículo dos supuestos

(151) Precedente: Art. 181 del Código penal marítimo.

(152) Vid. ORCASITAS: *Nueva legislación...*, cit.

(153) QUINTANO: *Derecho penal...*, cit. y *La culpa...*, cit.

(154) GÓMEZ CALERO: *Panorámica de la embriaguez en el Derecho positivo español vigente*, 1987.

(155) Sentencia de 4-X-1966.

distintos, según concurra —en cualquiera de aquellas tres modalidades de acción— bien una situación de excepcional peligro, bien un resultado material lesivo. La primera situación se produce cuando “el hecho” —dormición, embriaguez u ocupación— “se verifica” frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos (apartado primero); la segunda tiene lugar cuando, sin concurrir esta circunstancia, se causa cualquiera de los resultados lesivos mencionados en el precepto (apartados primero y segundo).

En el primer caso, el delito es de peligro; en el segundo, de resultado.

1.º El delito de peligro —al menos, de actividad abstractamente peligrosa— está representado por el simple hecho de que el sujeto —Oficial de guardia de a bordo— “se durmiese”, “se embriagase” (156) o “se ocupase en cualquier distracción que le separe de la constante vigilancia que debe observar en el servicio”. Cualquiera de estas tres conductas, por sí sola, constituye el delito.

¿Es este, así tipificado en la norma, un delito intrínsecamente culposo? Entiendo que no. Ciertamente, cualquiera de estas tres actitudes puede ser debida a culpa, como también puede ser inculpable, sobre todo la “dormición” (157). Pero no es esa la cuestión. Si la dormición o cualquiera de los otros dos comportamientos se acreditase de involuntario, se plantearía el problema que existe en todos los supuestos en que un hecho, tipificado en el Código de Justicia Militar como infracción punible, aparece realizado involuntariamente. Inexistente en el art. 181 del Código castrense —por más que se le reste trascendencia— la expresa adjetivación de “voluntarias”, que corresponde a las acciones y omisiones punibles, no queda otro recurso que acudir al catálogo de eximentes del propio Código —incrementado, si es

(156) QUINTANO (*Derecho penal...*, cit. y *La culpa...*, cit.): De censurar, sin pallativos, es la equivalencia disyuntiva entre la dormición y la embriaguez como si ambas situaciones fueren jurídicamente asimilables.

(157) QUINTANO (Obs. cits.): El sueño, función fisiológica, es un fenómeno normalmente mixto de voluntad y no voluntad, en que la segunda manifestación sólo prevalece en determinadas ocasiones excepcionales.

factible, con la causa excluyente de "no exigibilidad de otra conducta"— para ver el modo de no calificar como acto punible un hecho involuntario.

Pero la cuestión —y volvemos a la forma de culpabilidad en la figura relictiva que nos ocupa— no estriba en si este tipo penal puede ser doloso, culposo o inculpable, sino en cómo viene descrito en la ley. Y la descripción es típicamente dolosa. Si la ley sanciona penalmente al que se embriaga, se duerme o se distrae, se refiere al que realiza cualquiera de estas tres conductas, con voluntariedad directa, es decir, dolosamente. Este dolo no requiere —como parece entender el tan citado QUINTANO (158)— la preordenación a un fin, pues en tal caso, esta segunda intención teleológica constituiría un nuevo dolo específico o adicional o un elemento subjetivo del injusto, independiente y distinto en todo caso de la voluntad dolosa de dormirse, embriagarse o distraerse, sin ulterior finalidad.

2.º El delito de resultado es un delito "cualificado por el resultado". Me remito aquí a lo dicho sobre el tema con ocasión de los arts. 392, 396, 39 y 398, anteriormente examinados. Puesto que la conducta base (en cualquiera de sus modalidades) es punible por sí misma aunque no se causen perjuicios (159), y los resultados lesivos tipificados en la norma (pérdida del buque, naufragio, averías) no se vinculan culpablemente (por dolo o culpa) a aquel comportamiento, el delito de que se trata, en todo caso, cualquiera que sea la modalidad de la acción inicial o el resultado producido, es un delito "cualificado por el resultado".

Artículo 400. El individuo de las clases de tropa o marinería que prestando servicio de armas o marinero, no siendo el de centinela, escucha, tope o serviola, se hallare dormido o ebrio, será castigado: con la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar, si el hecho ocurriese

(158) QUINTANO (Obs. cit.): Existiendo malicia preordenada a un fin, de favorecer incursiones enemigas o sediciosas, es claro que desaparecerían las típicidades culposas específicas para dar lugar a las dolosas de traición, rebelión o sedición.

(159) Art. 438-2 del Código de Justicia Militar, y todos los preceptos en que se sanciona la embriaguez o la dormición.

a la vista o proximidad del enemigo o de rebeldes o sediciosos, en tiempo de guerra, aunque no se encontrase en las circunstancias antes expresadas, o en cualquier tiempo en ocasión de peligro para la seguridad del buque, aeronave o máquina de guerra que sirviere (160).

El sujeto de este delito es el individuo de las clases de tropa o marinería que se halla prestando un servicio de armas o marino, distinto del de centinela, escucha, tope o serviola (161).

El comportamiento sancionable consiste en "hallarse dormido o ebrio" (162) en las graves y peligrosas circunstancias que el precepto describe (163).

No se exige resultado lesivo alguno. Se sanciona la mera "dormición" o "ebriedad". Con referencia a la "dormición", dice QUINTANO (164) que "el hecho de dormirse (que en sí mismo es indudablemente lícito y aun orgánicamente necesario) no lo es y entraña imprudencia cuando un deber específico lo veda". Y añade: "En el Derecho penal común tampoco queda sin sanción el guardaguajas que se duerme y con ello da lugar a una catástrofe, o el chofer que en determinadas circunstancias sucumbe al sueño sobre el volante y causa un accidente".

Pero el contenido de los transcritos párrafos no me resulta convincente, en orden a lo que QUINTANO pretende demostrar. El hecho de dormirse cuando un deber específico lo veda, no entraña necesariamente imprudencia; lo que en él se supone es la directa voluntad de realizarlo, en tanto no conste otra cosa. Así, pues, si este voluntario incumplimiento de un deber determinado se incrimina en sí mismo, es, en principio, doloso y no culposo. Para que pueda hablarse, en tal supuesto, de incriminación culposa, es necesario: que la dormición inicial no constituya por sí misma una infracción punible, y que, por consecuencia de la misma, se produzca un resultado objetivo. Esto es, exactamente, lo que ocurre en los casos aludidos del guardaguajas y del chofer."

En el precepto legal que se examina, la voluntad que ha de su-

(160) Precedente: Art. 182 del Código penal de la Armada.

(161) En otro caso, arts. 362 y 363 del Código de Justicia Militar.

(162) Vid. GÓMEZ CALERO: *Panorámica...*, cit.

(163) Caso contrario, art. 439-2 del Código de Justicia Militar.

(164) QUINTANO: *Obs. cit.*

ponerse en la "dormición" y en la "embriaguez" es una voluntad dolosa. Y al incriminarse estos actos en sí mismos, sin exigencia de resultado material alguno, el tipo legal así configurado—de mera actividad peligrosa—constituye un delito doloso.

Artículo 401. El militar que sin orden competente introduzca o permita introducir luces o materias inflamables en pañoles, polvorines o almacenes que contengan efectos de fácil combustión, será condenado: 1. De seis meses y un día a seis años de prisión militar si el culpable fuese el centinela, vigilante, pañolero o encargado del almacén. 2. De seis meses y un día a cuatro años de prisión militar, si el culpable no fuese de los expresados en el número anterior (165).

Estamos ante un delito de actividad, en el sentido de que la norma no exige un resultado material determinante del tipo, aunque un resultado jurídico eventualmente trascendente. Concretando más, se trata de un delito de riesgo o peligro, por cuanto lo entraña realmente el hecho que se ejecuta (166).

Ya estas consideraciones, conforme a lo que venimos diciendo a lo largo de este trabajo, se ofrecen como claramente adversas a su posible calificación culposa. Ello es lo que hace reconocer a QUINTANO (167) que esta modalidad delictiva "presenta en su naturaleza culposa complejidades que a veces la desvirtúan, si quiera sea aparentemente, puesto que tal introducción de materias inflamables puede ser muy bien querida sin finalidad determinada criminal". Así es, en efecto. El que, sin orden competente que lo justifique, introduce o permite introducir luces o materias inflamables en pañoles, polvorines o almacenes que contengan efectos de fácil combustión, aunque en el lenguaje vulgar merezca la calificación de imprudente, en estrictos términos jurídicos actúa con plenitud de dolo, queriendo la acción y el resultado de introducir los citados elementos en los indicados lugares (168).

(165) Precedente: Art. 189 del Código penal de la Marina de Guerra.

(166) Vid. ANTOLISEI (*Sul concetto di pericolo*, 1913) y RATIGLIA (*Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, 1931).

(167) QUINTANO: Obs. cit.

(168) En el mismo sentido, QUINTANO (*Derecho penal...*, cit.) respecto de la conducción de automóviles sin habilitación legal.

Es por ello que se estima que el delito que nos ocupa —como infracción de puro riesgo— no es en sí mismo culposo, sino doloso, de acuerdo con su tipificación en la Ley penal; sin perjuicio; claro está, de que, excepcionalmente, pueda ser cometido por culpa.

Conclúyese, en fin, que el tipo delictivo de que se trata, en cualquiera de las modalidades de ejecución que el precepto describe en función de la persona responsable, es de estructura dolosa.

Artículo 402. El militar que incumpla 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 (169).

Afirma MUÑOZ SÁNCHEZ (170) —a quien se debe un completo trabajo monográfico sobre este precepto —que “el delito que configura el art. 402 es delito de mera actividad, porque el mero comportamiento del agente agota el tipo penal”. Sin embargo, no me parece exacto decir que esta figura penal —catalogada por QUINTANO (171) como “imprudencia de puro riesgo”— “no tiene otro resultado que el meramente jurídico”; a mi modo de ver, este incumplimiento de deberes técnicos —que, ciertamente, tipifica por sí solo el delito— entraña en sí mismo una realidad de resultado, un resultado típico que, si bien no llega a ser lesivo (172), trasciende al exterior con eventual perturbación del tráfico social. Lo que se tipifica y sanciona no es —como el propio QUINTANO (173) entiende— “la ignorancia misma”, sino el incumplimiento de deberes por ignorancia, que es cosa distinta (174).

(169) Precedente: En cierto sentido, art. 198 del Código penal marítimo.

(170) MUÑOZ SÁNCHEZ: Trab. cit., vid. *supra*, nota 40.

(171) QUINTANO: Obs. cits.

(172) Conforme a la sentencia del C. S. J. M. de 25-XI-1953, este delito no requiere para su perpetración la producción de un resultado dañoso.

(173) QUINTANO: Obs. cits.

(174) A mi modo de ver, tanto el incumplimiento de deberes téc-

La forma de culpabilidad es, evidentemente, la culpa, puesto que aquel resultado objetivo, ínsito en la misma conducta, ha de ser realizado "por negligencia" o "por ignorancia inexcusable". Entiendo, a este respecto, que el adjetivo "inexcusable" califica solamente al sustantivo "ignorancia", y no a la voz "negligencia" (175); y ello no tan sólo por venir consignado en singular, sino porque la "negligencia" del Código de Justicia Militar, en su sentido jurídico de "culpa", es un concepto unitario, que comprende todas las gradaciones de ésta. Es la ignorancia la que ha de ser "inexcusable", como ha de serlo el error para ser relevante en Derecho (176).

Esta ignorancia inexcusable plantea, respecto de la culpa, los mismos problemas que el error vencible, ya apuntados al comentar el art. 395 - 2 (177). Baste decir aquí, consiguientemente, que tal tipo de ignorancia —indisculpable, como el error vencible— no es el origen de la culpa, sino su consecuencia (178). Como acertadamente escribe MUÑOZ SÁNCHEZ (179), "manifiesta una falta de diligencia el que debiendo tener unos determinados conocimientos, no se los procura".

Esta falta de diligencia —constitutiva de la "negligencia" o determinante de la "ignorancia"— es la que, en definitiva, justifica el reproche penal del incumplimiento de deberes técnicos, a título de culpa.

nicos de este artículo como la pronunciación de sentencia manifiestamente injusta del art. 355 del Código penal, constituyen resultados típicos, jurídicamente trascendentes.

(175) Así, QUEBOL (Ob. cit.). En contra, MUÑOZ SÁNCHEZ (Trab. cit.).

(176) FERRER SAMA: *Error (Derecho penal)*, cit.

(177) FROSALI (*L'errore nella teoria del Diritto penale*, 1933) agrupa "error" e "ignorancia" bajo el superconcepto de "laguna en el campo intelectualivo". También asimilan ambos conceptos FERRER SAMA (Loc. cit.) y LUZÓN DOMINGO (Ob. cit.).

(178) Vid. ALTAVILLA: *La culpa*, 1950.

(179) MUÑOZ SÁNCHEZ: Trab. cit.