

# El Derecho Penal Marítimo en la reforma de la Justicia Militar (x)

**José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto**  
Teniente Coronel Auditor de la Armada  
Fiscal de la Flota

**SUMARIO:** 1. Determinaciones previas. 2. El Derecho Penal Marítimo. 3. Principios generales de la reforma del Código de Justicia Militar. 4. Bases para una regulación de los delitos de la navegación en el futuro Código Penal Militar.

## 1. DETERMINACIONES PREVIAS

Es necesario precisar, ante todo y en el mismo inicio del presente trabajo, que cuando hablamos de DERECHO PENAL MARITIMO e incluso de DERECHO PENAL MILITAR MARITIMO (1) no pretendemos, en absoluto, sostener la autonomía normativa ni siquiera científica de tal parte del Derecho. Adoptamos, pues, una posición crítica ante todo lo que se ha venido llamando el «minifundismo jurídico», culpable muchas veces de auténticos atentados al principio básico del Derecho constituido por la unidad del Ordenamiento jurídico (2), y dejamos claro —antes

(X) Al recibir la amable invitación del General Jiménez para colaborar en este número de homenaje, no puedo menos que recordar la visita de don José María Rodríguez Devesa a la Escuela Naval de Marín, en el verano de 1972. A bordo, durante una corta navegación por la incomparable ría gallega, pudimos admirar el ejemplar magisterio de don José María y su personalidad profundamente humana, llena de cordialidad hacia quienes entonces iniciábamos las tareas de investigación, precisamente con el estudio del Derecho Penal Marítimo.

(1) Vid. GAETANO SUCATO: «Istituzioni di Diritto Penale Militare Marittimo» (Manuale particolarmente curato ad uso del Comandi navali, per l'amministrazione della giustizia a bordo), Livorno 1929. Vid. también SCHIAFFINO en Enciclopedia de Pessina, p. 641, voz Jurisdicción Penal Marítima. DE BONIS, voz: «Diritto penale militare e marittimo», en Digesto Italiano, EUGENIO SPASIANO: «Oggetto, limiti ed integrazione del diritto della navigazione», en Revista Diritto della Navigazione, 1961, p. 43. DINO VIDALI: «Diritto penale marittimo», en Nuovo Digesto Italiano, vol. IV, y, más recientemente, VIDALE: «Diritto penale della navigazione», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. V, p. 986 y ss. AUGUSTE-REYNALD WERNER: «Traité de Droit Maritime général», Geneve 1964. ABRAHAM: «Das Seerecht», Berlin 1956. GAMECHOGOICOECHEA, voz Derecho Marítimo, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, p. 617. VICENTE SANTOS: «En torno a la delimitación del Derecho Marítimo», en Estudios de Derecho Público y Privado, ofrecidos al Profesor Dr. Ignacio Serrano y Serrano, tomo II, Valladolid 1965. JIMENEZ DE ASUA, Luis: «Tratado de Derecho Penal», tomo II, Buenos Aires 1964. VIGIER DE TORRES, Agustín: «Curso de Derecho Marítimo», Madrid 1977. AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, José Luis: «Derecho Internacional Marítimo», Barcelona 1970.

(2) Es indudable que el estudio del Derecho Penal, y muy concretamente el del Derecho Penal marítimo, no puede abordarse desde posiciones tan peculiares que nos sitúen al margen del ordenamiento jurídico. En este sentido es particularmente válida la crítica de CARNELUTTI cuando afirma que el jurista ha abusado de imitar al médico, partiendo el Derecho en trozos como el galeno parte el cuerpo humano, y, concluye, hay que compadecer al jurista que, teniendo sobre su mesa una parte del cadáver del Derecho para su análisis, se ilusiona creyendo que aquel trozo es un Derecho entero.

incluso de abordar su estudio— que aquellas denominaciones no tratan sino de agrupar terminológicamente una serie de principios, instituciones o familias de delitos susceptibles de un tratamiento peculiar o especial respecto a los géneros DERECHO PENAL, DERECHO MARITIMO o DERECHO MILITAR (3). En efecto, cuando nos enfrentamos con el estudio de una institución de DERECHO PENAL MILITAR MARITIMO, para tomar el ejemplo de las tipicidades más especializadas objeto de nuestro estudio, observamos el entrecruzamiento de tres disciplinas jurídicas que inciden sobre el problema, con sus principios propios y una autonomía que, cuanto menos desde el punto de vista científico, es indiscutible. Se trata de la pertenencia al DERECHO PENAL (4), al DERECHO MILITAR o, finalmente, al ámbito del DERECHO MARITIMO. Ciertamente, esta enumeración señala la mayor o menor influencia o pertenencia a estos órdenes científicos y aun normativos. Es decir, se tratará primero y ante todo de una institución penal, su consideración castrense la incluirá en una serie de principios especiales del Derecho Militar y, por último, su relación con el mar matiza determinadas peculiaridades que no se pueden olvidar sin caer en un absurdo uniforme.

Tomemos un ejemplo bien expresivo: el abordaje culposo causado por un buque de guerra. No cabe duda de que se trata de un tipo imprudente con resultado de muerte, lesiones o daños, producidos por una conducta que podría calificarse de imprudencia temeraria, profesional o simple y, por tanto, es de aplicación la doctrina sobre delitos culposos y los principios de Derecho penal que los informan. Sin embargo, conviene señalar, en orden a las responsabilidades que pudieran derivarse del hecho criminal, que se trata de un delito típicamente militar, de un delito incluso que sólo puede ser cometido por un militar, delito propio o de propia mano, puesto que, según el Código de Justicia Militar, el sujeto activo del delito tiene que ser un militar. Todo ello significa que su consideración penal está también afectada por determinados principios propios del Derecho Militar como Derecho especial: EL DERECHO PENAL MILITAR. Así, la «cuantía» o entidad de la imprudencia necesaria para convertirlo en delito (basta la imprudencia no calificada), la cualificación del resultado de averías, la responsabilidad muy estricta del mando del buque, la consideración de la embriaguez, no sólo excluyente de una influencia atenuatoria (prohibida para los militares en los delitos castrenses por el propio Código de Justicia Militar), sino constitutiva en sí misma de otro delito y las consecuencias jurídicas del

(3) El Derecho Militar rebasa con mucho, en opinión de RODRIGUEZ DEVESA, la minúscula problemática de la competencia de los Tribunales Militares, porque abarca, además, el Derecho penal material, la organización de los Tribunales Militares, el procedimiento militar, el Derecho administrativo militar, el Derecho penitenciario militar, el Derecho disciplinario y específicas normas civiles, como las concernientes al testamento militar. El Derecho Penal Militar comprende el Derecho penal material, Derecho procesal penal y el Derecho penitenciario y disciplinario militar. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La reforma del Derecho Penal Militar», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 3, Madrid 1980.

(4) Afirma CLAUS ROXIN que, «el Derecho penal no es, como se ha creído durante mucho tiempo, un producto del sentimiento jurídico, sino el resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social». ROXIN, Claus: «Introducción al Derecho penal de hoy», Sevilla, 1981, p. 29.

delito, configuran un tipo penal militar característico. Pero no debemos olvidar, finalmente, que se trata de un delito militar marítimo, es decir, cometido en la mar como un acaecimiento de la navegación. Así también el mismo concepto de abordaje es creación específica del Derecho del Mar, no sólo aplicable a la esfera penal, sino al Derecho Mercantil Marítimo; la responsabilidad del mando del buque, del práctico a bordo en el ejercicio de su función asesora, del oficial de guardia o del serviola, la interpretación del Reglamento Internacional para prevenir los abordajes en la mar, el Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en la Mar o incluso el procedimiento —también especial— para enjuiciar el delito son algunas de las peculiaridades que es preciso tener en cuenta, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el propiamente normativo o «de lege ferenda».

Debemos ahora repetir nuestra convicción de la unidad conceptual, doctrinal, científica y normativa de una de las grandes divisiones del derecho como es la materia penal. Salvando, volvemos a insistir, el principio intocable de la unidad del ordenamiento jurídico, el Derecho penal proyecta una serie de principios generales que son de inexcusable aplicación a toda la materia punitiva, con mayor fuerza —si cabe— que en otras disciplinas jurídicas. Se trata de las garantías penales recogidas por la Constitución española de 1978 y que constituyen pilares indiscutibles de nuestro Estado de Derecho (5). En efecto, por muchas especialidades que existan en todo el DERECHO PENAL ESPECIAL deben respetarse siempre las garantías penales (principio de legalidad de los delitos y penas, principio de culpabilidad, irretroactividad de la ley penal no favorable, prohibición de la analogía, igualdad ante la Ley y demás recogidos en el vigente Código Penal y, con mayor precisión, en el Proyecto de Código Penal), que constituyen derechos de todos los españoles garantizados entre los fundamentales en el texto constitucional. E incluso, por encima de todo sistema político y de las contingencias de lo histórico, «hay una unidad teórica, un universal en cuanto a la necesidad de una estructura de garantías» (6).

Así, si es posible y hasta necesario hablar de un DERECHO PENAL MARÍTIMO, como conjunto de normas y principios penales que regulan los delitos y las penas en la mar, protegiendo los bienes jurídicos de ese mundo peculiar que es la navegación y el medio marino, esta dis-

(5) Escribe OSCAR ALZAGA que este apartado —artículo 25, primero, de la Constitución Española de 1978— «no sólo se encuentra inspirado en las exigencias de la seguridad jurídica, que debe inspirar todo el ordenamiento positivo, sino también en la justicia, que, como dijo RADBRUCH, es la parte axiológica del Derecho y, por ende, el valor absoluto que da sentido a los textos legales de carácter sancionador». Vid. ALZAGA, Oscar: «La Constitución española de 1978», Madrid 1978, p. 243. Vid. también GARRIDO FALLA, Fernando, SERRANO ALBERCA, José, y otros: «Comentarios a la Constitución». Madrid 1980. El comentario al artículo 25 es de SERRANO ALBERCA.

(6) Vid. LOPEZ HENARES, Vicente: «Problemas jurídico-políticos del poder militar», en Revista Española de Derecho Militar, núms. 31-32, enero-diciembre 1976, p. 80. MERLE-VITU: «Traité de Droit criminel», Cuyés, París, 1973, p. 126. CASADO BURBANO, Pablo: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española», en Revista Española de Derecho Militar, núm. 36, julio-diciembre 1978, p. 36 y ss. TRILLO-FIGUEROA y MARTINEZ-CONDE: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», en Revista de Estudios Políticos, núm. 12, noviembre-diciembre de 1979. GARCÍA ARIAS, Luis: «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», en Revista de Estudios Políticos, núm. 152, Madrid 1967. TRUYOL SERRA, A.: «Los derechos humanos», Madrid 1977.

ciplina no podrá poseer nunca autonomía fuera del campo del Derecho punitivo. En este sentido, Jiménez de Asúa (7) escribe: «Por el señalado mal camino de fraccionar el territorio del Derecho Punitivo, se ha subrayado la especialidad de otros varios "Derechos" penales, aunque justo es decir que la mayoría de los autores no llegan a postular su autonomía». Añadiendo: «Rechazamos, pues, de plano todas estas especialidades jurídico-punitivas. Si el afán de atomizar lograra sus designios, se crearía un derecho penal comercial, un derecho penal electoral, un derecho penal patrimonial y hasta un derecho penal sexual. La unidad del derecho sancionador y represivo impide estas dispersiones. El hecho de que puedan y hasta deban existir leyes especiales nada significa. Que las fuentes de conocimiento y producción del Derecho penal no estén unificadas, en nada afecta a la unidad de objeto». Concluyendo que, cosa diferente, por motivos de ordenamiento práctico, aunque no por motivos gnoseológicos, acontece con otros aspectos del Derecho penal especializados por el territorio o por el espacio, por la materia y las personas, entre los que incluye al Derecho Penal Militar (8).

## 2. EL DERECHO PENAL MARITIMO

En todos los tiempos, las legislaciones que se han ocupado de la navegación han cuidado de sustraer al ordenamiento penal común al tratamiento de los delitos característicamente náuticos o marítimos (9).

Normas represivas especiales se han arbitrado desde siempre para sancionar los delitos que, teniendo una estricta relación con el buque y con su navegación, revisten determinadas peculiaridades, bien por los intereses —públicos o privados, políticos o económicos— lesionados, por la cualificación de su autores (delitos propios o de propia mano) o por el lugar y tiempo de su comisión.

Ciertamente, tales normas tienen un contenido común que afecta al Derecho Penal y al Derecho Marítimo, pero su colocación exacta —dentro de la mejor sistemática de las partes del derecho— debe ser un Código Marítimo por los fines que se persiguen en toda Codificación (fijación, clarificación y sistematización de una parte del derecho) y porque estas infracciones están circunscritas a un determinado ambiente: son delitos que tienen por teatro la mar y la vida a bordo de

(7) JIMENEZ DE ASUA, Luis: «Tratado de Derecho Penal», Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, pp. 64, 65 y 66.

(8) Para un estudio reciente del Derecho Penal Militar, vid. la Comunicación presentada a las Jornadas de estudio sobre el Derecho Penal Militar de Caracas (marzo 1980) por el General Consejero Togado JIMENEZ JIMENEZ, Francisco: «Limiti e Caratteri delle leggi penali militari», *Rassegna della Giustizia Militare*, enero-abril 1982.

(9) VELLA, Mario: «Reati Marittimi», en *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1939, tomo X, págs. 1187 y ss. BERLINGIERI, F.: «Diritto Marittimo», 1930, págs. 249 y ss.

El trabajo se denomina: «Note di Diritto Penale Marittimo con particolare riguardo della riforma della vigente legislazione».

SOLVENI: «Spunti sulle disposizioni penali e disciplinari del progetto del Codice marittimo», en *Diritto Marittimo*, 1932, pág. 245.

un buque y no son concebibles en otro lugar (10). En definitiva se trata de que los riesgos y peligros que son inherentes a la navegación no se agraven por las conductas antijurídicas de quienes viven a bordo, por lo que se explica la exigencia de una disciplina más rígida, la obligación de subordinarlo todo a la seguridad de la navegación y la tipificación como delito de conductas que en tierra serían simples incumplimientos de contratos.

El principio general de tutela de la navegación marítima se ha decantado, desde los más antiguos ordenamientos de Derecho Marítimo, en una serie de delitos náuticos que constituyen el sustrato y el fundamento de las normas penales de la navegación.

Pero existe otro elemento normativo (11) de integración del equipo humano en el funcionamiento del buque: la jerarquía a bordo, doblemente caracterizada por su estilo disciplinario muy acusado y por la extensión generalizada en el conjunto de la marina militar y civil. Esta jerarquía significa un relevante automatismo en la subordinación y obediencia a las órdenes del mando, imprescindible para el ejercicio de la autoridad a bordo, y relaciones de dependencia estructuradas jerárquicamente hasta llegar a la unidad de mando de la nave: su comandante o capitán.

La organización de a bordo comporta también, al lado de la jerarquía y para servirle de apoyo, un régimen disciplinario y penal «sui generis», puesto que en buque —como en ninguno otro lugar— este régimen participa unitariamente de las fases penal y disciplinaria unidas en la figura del mando de donde emanan las decisiones: el ejercicio de la autoridad a bordo comienza por las medidas disciplinarias inmediatas adoptadas por el capitán o comandante y continúa en la iniciación de medidas procesales y penales, reservadas naturalmente al enjuiciamiento de los Tribunales de Justicia, pero cuya denuncia, comienzo de la instrucción y medidas cautelares pertenecen al mando de un buque en navegación. El régimen disciplinario y penal en vigor en la marina, en todas las legislaciones, es objeto de minuciosas disposiciones que le confieren el carácter de un verdadero derecho penal «sui generis» (12), no sin analogía por su fin, por sus criterios y por su rigor con el derecho penal militar; este derecho se llama el Derecho Penal Marítimo.

(10) En un principio, DINO VIDALI, «Diritto Penale Marittimo», en Nuovo Digesto Italiano, vol. IV, al referirse a la legalidad anterior al Código de la Navegación Italiano, llegó a sostener que los delitos náuticos podían formar un capítulo en el Código Penal común. En contra, Mario VELLA (ob. cit., «Reati Marittimi») entiende que los delitos verdaderamente marítimos son infracciones especiales cuya sede está propiamente en un Código Marítimo, con exclusión de aquellos delitos comunes que —aun cometidos a bordo— puedan ser llevados al Código Penal. Más recientemente, VIDALI («Diritto penale della navigazione», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. V, págs. 985 y ss.) opina que parece preferible localizar las normas penales marítimas en el ámbito del Derecho de la Navegación.

(11) Auguste-Reynald WERNER: «Traité de Droit Maritime General». Genève 1964, pág. 123.

(12) WERNER: «Traité...», ob. cit., pág. 127.

Afirma Vidali, en su importante estudio (13), que con la expresión Derecho Penal de la Navegación se diferencian aquellas normas del Derecho de la Navegación que tienen contenido penal. Así las normas penales entran en el Derecho Público de la Navegación como las normas penales de cualquier especialidad entran en el Derecho Penal General. El Derecho Penal de la Navegación es considerado como Parte Especial y su Parte General es el Derecho de la Navegación Público. En el mismo sentido afirma Manca que la meta de los mentores y compiladores del Código italiano fue la reglamentación integral y completa de la materia de la navegación. Tal meta no habría sido realizada si el Código no hubiese regulado el importante sector del derecho penal relativo a la navegación y, por ello, una rama particular y vital del derecho de la navegación (14). Esta colocación del derecho penal marítimo no es la única posible en el ámbito de la sistemática jurídica. No cabe duda que un grupo de normas penales encuentra siempre lugar en el sistema del derecho penal en sentido amplio (15), aun cuando sea evidente —como dice Gamechogicoechea (16)— que los actos delictivos que se cometan en el ejercicio de la navegación y el carácter profesionales de las personas que a ella se dedican exigen un código penal acomodado a estas circunstancias.

En realidad, como dice Vidali (17), el derecho penal de la navegación encuentra una doble ubicación porque participa del derecho penal y del derecho de la navegación a un tiempo, como claramente se deduce de su misma denominación. Esta doble dependencia o colocación no depende únicamente de criterios formales o didácticos, sino de elementos sustanciales, ya que el contenido sustancial de una norma es el que debe decidir su ubicación y no al revés, puesto que el hecho formal del lugar atribuido por el legislador puede derivarse de criterios contingentes. Por razón de su contenido sustancial, por el hecho de que regulan un aspecto de la navegación y de la vida a bordo, estas normas de carácter penal son normas marítimo-penales. Pero con no menor

(13) Para el estudio de este tema son de gran importancia la consulta de notables monografías dedicadas a particulares instituciones del Derecho penal de la navegación italiano publicadas en el «Nuovo Digesto Italiano», «Enciclopedia del diritto» y «Nuovissimo Digesto Italiano». Entre estos trabajos destacamos: VIDALI: «Diritto penale della navigazione», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. V, p. 986 y ss.; VELLA, Mario: «Reati Marittimi», en Nuovo Digesto Italiano, tomo X, p. 1187 y ss.; GABRIELI, Francesco P. e MAZZA, Marcellino: «Codice penale», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. III & 5, p. 362. DANTE GAETA: «Diritto della Navigazione», en Enciclopedia del Diritto, vol. XI, p. 1078; CESIDIO DE VICENTIS: «Reati marittimi ed aeronautici», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. XIV, p. 839.

(14) MANCA, Plinio: «Studi di Diritto della navigazione», vol. IV, Milano, Giuffrè, 1963, p. 119. Añade que tal laguna habría acabado con la fusión armónica de la disciplina pública con la privada en materia de la navegación, fusión que constituye una importante finalidad del Código. No cabe tampoco duda a este autor que las normas penales de cualquier índole, y por tanto las marítimas, deben encuadrarse en el ámbito del Derecho Público, en este caso de la Navegación.

(15) «Por leyes penales se deben tener no sólo el Código Penal o una ley particular que tenga por exclusiva y principal función la represión de los delitos, sino las disposiciones de otras leyes que tipifican un delito y cominan con una pena, y por eso son leyes penales si bien cada parte de cualquier cuerpo de leyes, especial o general, tenga otro principal cometido que no sea el magisterio punitivo» (Relazione ministeriale sul progetto del Codice Penale del 1887, núm. XIV). Sentencia de Casación de 16 de marzo de 1917, en «Giustizia penale», 1918, p. 545, y MANZINI: «Trattato di diritto penale italiano», 2.ª ed. Torino 1920, vol. I, p. 152 y ss.

(16) GAMECHOGOICOECHEA: «Derecho Marítimo», en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, vol. I, p. 617.

(17) VIDALI: «Diritto penale della Navigazione», ob. cit., p. 986.

exactitud, desde el punto de vista de la sistematización, puede decirse que son normas penales con carácter marítimo (18) y que, si en Italia forman un capítulo del Código de la Navegación y en España se encuentran en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, podrían incluirse en un título del Código Penal común, donde aparecen algunos delitos náuticos. Con esto no debe entenderse disminuida la autonomía del Derecho Marítimo como un sistema particular de normas sistematizadas dotadas de una intensa especialidad y debemos aceptar como evidente el hecho de que una norma presente más de un aspecto (el penal y el marítimo) y esté sujeta para su interpretación a algunos principios de otra rama del derecho (el Derecho Penal), puesto que el concepto de autonomía no excluye el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el parentesco de las varias ramas del derecho entre sí. La doctrina (19) es prácticamente unánime en que el Derecho Penal Marítimo tiene, respecto al Derecho Penal, un carácter de complementariedad y que sus normas y principios están ligados con un vínculo indisoluble con el Derecho Penal General, cuyas normas son aplicables —salvo escasas especialidades— a la materia penal contenida en los Códigos especiales marítimos.

Afirma MANCA (20) que el derecho penal de la navegación es especial respecto al derecho penal común, bien por la diferencia de sus instituciones, bien por la diversidad de las categorías o clases que son aplicables a los dos derechos. El derecho penal de la navegación, no obstante esta particularidad y peculiaridad, entra en el amplio marco del derecho penal que, según la clásica definición de PETROCELLI, es «el conjunto de normas jurídicas que prohíben alguna acción u omisión, típicamente determinada, con la amenaza y con la imposición, en caso de transgresión, de un mal que se llama pena (21).

(18) VIDALI: Ob. cit., «Diritto Penale della Navigazione-Nuovissimo Digesto Italiano».

(19) GABRIELI, Francesco P. e MAZZA, Marcellino: «Codice Penale», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. III, & 5, p. 382. Las normas penales de la navegación están sistematizadas según el criterio de la objetividad jurídica y de la complementariedad de las disposiciones penales de la navegación en comparación con el Código penal. MANCA, Pinio: «Studi di Diritto della Navigazione», vol. IV, Milano, Giuffrè, 1963, p. 120. CESIDIO DE VICENTIIIS: «Reati marittimi ed aeronautici», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. XIV, p. 839. Eugenio SPASIANO: «Oggetto, limiti ed integrazione del diritto della navigazione», en Revista del Diritto della Navigazione, I, 1961, vol. XXII, p. 43 y ss. Antonio LEFEBURE D'OVIDIO e GABRIELLE PESCATORE: «Manuale di Diritto della Navigazione», Milano 1969, p. 629: «Las normas penales del Código de la Navegación se encuentran en posición de complementariedad respecto a aquellas de los Códigos Penales y de procedimiento penal». DOMINEDO, F.: «Introduzione al diritto di navigazione», Roma 1945, p. 41. Señala que las normas penales de la navegación no constituyen sistemáticamente más que un capítulo del Derecho Penal cualificado por la especialidad de la materia: «ratione subjecti o ratione obiecti». LEONE, Giovanni: «Studi per la Codificazione del diritto della navigazione», vol. I, 1940, p. 114 y ss.; vol. II, 1940, p. 446 y ss., y vol. III, 1941, p. 750 y ss.

(20) MANCA: «Studi di diritto...», ob. cit., p. 123.

(21) PETROCELLI: «Principi di diritto penale», Nápoles 1955, vol. I, p. 3. Para Jiménez de Asúa, el Derecho Penal es: «Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora» (Tratado de Derecho Penal, tomo I, p. 33, Buenos Aires 1964).

VIDALI (22) estima que, si bien desde un punto de vista general la colocación de estas normas en el ámbito del derecho penal sería sin duda exacta, parece, en cambio, preferible su localización en el ámbito del Derecho de la Navegación, y ello por variadas razones que han dado a esta ubicación un carácter ya tradicional en la ciencia del derecho. Las razones van a incidir, ante todo, en su contenido y en los fines que persiguen. Se trata de delitos (deserción de la nave, motín a bordo, piratería, atribución abusiva del mando) que tienen por teatro el mar y la vida a bordo. Pueden denominarse delitos de ambiente, y las sanciones penales existen en tanto exista la actividad navegante y su particularismo. Determinadas normas privadas, las de policía de la navegación y de los puertos, así como las normas del Derecho Público de la Navegación, son garantizadas con una protección penal, con sanciones primitivas que tienen un fin único: la garantía de la navegación, entendida como garantía del orden, seguridad, tranquilidad a bordo y, en definitiva, la prosperidad de la actividad náutica. Si esta unidad de propósitos y medios cimienta las ramas del Derecho de la Navegación entre sí, es exacto afirmar que las normas primitivas que miran a la navegación forman un brazo del Derecho de la navegación, es decir, una rama particular: el Derecho Penal Marítimo o de la Navegación, que tiene la consideración de parte especial como parte penal del derecho de la navegación pública.

En la conocida (23) «Relazione al Codice della Navigazione italiana», después de exponer el fundamento de la disciplina autónoma legislativa de la navegación, se justifica la necesidad de establecer algunas reglas particulares divergentes del Código Penal común, sin perjuicio de observar una atenta y rigurosa coordinación con el Código punitivo ordinario. Buscando el criterio de la objetividad jurídica de los delitos náuticos en las particulares exigencias de la disciplina de la navegación que no encuentren perfecta correspondencia en las infracciones tipificadas en el Código Penal.

(22) VIDALI: Ob. cit. en Nuovissimo Digesto Italiano. D. MAIORANA: «Navigazione», en Diritto amministrativo italiano de Orlando, vol. VII, Milano 1914, p. 233, enseña que todo sistema de normas de Derecho público (aquí Derecho Público de la Navegación) da fácilmente lugar a un sistema de delitos especiales relativos a las infracciones de aquél y esto ocurre con las sanciones penales marítimas.

ANTOLISEI hace referencia, en su «Manuale del diritto penale», Parte Generale, pp. 9-10, al Derecho penal especial, donde se encuentran los Códigos Penales Militares y el de la Navegación, observando que muchas normas penales se encuentran diseminadas en otras numerosas leyes, entre las que señala el Código de la Navegación, de 31 de enero de 1941 (p. 54).

(23) «Relazione al Codice della Navigazione de Grandi. Relazione al Re.», Milano 1942. En el mismo sentido, Gabriele PESCATORE: «Oggetto e limiti del diritto della navigazione», en Scritti giuridici in onore di Antonio SCIALOJA y también en Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, 1951, p. 407 y ss., presupone la plena aplicabilidad de las normas generales del Derecho penal por la posición de complementariedad del Derecho Penal de la Navegación, cuyo fundamento como Derecho penal especial es la salvaguarda de intereses peculiares deducibles de la objetividad jurídica de cada delito. Paolo DI RONZA, en «La fattispecie reato di naufragio colposo» (Rivista del Diritto della Navigazione, 1971, p. 58), entiende que el intérprete debe encuadrar las normas penales del Código de la Navegación en el Código Penal General, pues el Derecho especial —cual es el de la Navegación—, aunque se considere autónomo, se debe integrar en el Derecho general, siempre presente en la interpretación de las normas especiales. En contra, Cesidio DE VICENTIS, en «Sicurezza della Navigazione», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. XVII, p. 279 y ss., considera más adecuado regular toda la materia inherente a la navegación en el adecuado Código, de modo que las normas fueren redactadas e interpretadas por especialistas en la materia y no por estudiosos del Derecho Penal, que fatalmente las habrían formulado siguiendo el criterio interpretativo de los delitos comunes.

Leone entiende que se debe evitar el exceso de las normas penales de la navegación, en cuanto que puede conducir a una especie de segundo código, con la consecuente desvalorización del derecho penal común, que en todo caso debe quedar como matiz de los derechos penales especiales (24).

Según LEFEBURE D'OVIDIO Y PESCATORE (25), la línea de la disciplina del Derecho Penal de la Navegación —integrada por los delitos cuya comisión está condicionada por la navegación marítima y aérea— se articula según los criterios siguientes:

1. Determinación de la esfera de la aplicabilidad de la disciplina fijada por el Código y encuadramiento de la misma en el derecho penal general.
2. Sistematización de los delitos según el principio de su objetividad jurídica.
3. Fusión de los delitos marítimos y aeronáuticos.

En los ordenamientos marítimos antiguos y en muchas de las normas y legislaciones modernas se mantiene el defecto de ocuparse de todos los delitos cometidos en la navegación, sin tener en cuenta la importante distinción entre delitos exclusivamente marítimos o propios, delitos marítimos impropios (26) y delitos comunes. Desde el punto de vista de la relación entre Derecho Penal de la Navegación y Derecho Penal común, son delitos propios o exclusivamente marítimos aquellos a los que no corresponde ninguna figura de delito común y están caracterizados por la calidad del sujeto activo del delito (delitos propios o de propia mano), por la condición del sujeto pasivo o por el objeto, tiempo o lugar de comisión del hecho criminal, que configuran un tipo criminal específicamente marítimo. Delitos marítimos impropios (27) son aquellos que, correspondiendo a figuras previstas en el Código Penal u otras leyes penales, adquieren una fisonomía peculiar y especial

(24) LEONE, G.: «Studi per la codificazione del diritto della navigazione», vol. I, 1940, p. 225. CARNELUTTI, en Riv. dir. proc. Civ., 1942, I, p. 78, hace un encendido elogio de estos estudios para la codificación marítima en Italia: «Dan un bello esempio este grupo de jóvenes que trabaja en torno al maestro, y el maestro que muestra cómo se debe trabajar en torno a un Código. Será un Código de escuela».

(25) Antonio LEFEBRE D'OVIDIO e Gabriele PESCATORE: «Manuale di Diritto della Navigazione», Milano 1969, p. 627.

(26) VELLA, Mario: «Reatti Marittimi», en Nuovo Digesto Italiano, p. 1188. Fortunato LAZZARO afirma, con referencia al Derecho Italiano, que el Código de la Navegación disciplina hechos criminosos que inciden sensiblemente en la vida de la navegación, turbando su ordinario desenvolvimiento y organización. De tales normas, algunas reproducen —con algunos elementos nuevos— delitos ya previstos en el Derecho Penal Común; otras sancionan agravaciones especiales para delitos comunes cometidos en el ámbito de la navegación; otras, finalmente, prevén delitos típicos de la navegación («I delitti contro la persona nel diritto penale della navigazione», en Rivista del Diritto della Navigazione, 1965, I.º, p. 108). En este sentido, también Paolo DI RONZA, en «La fattispecie reato di naufragio colposo», cit., hace idéntica distinción.

(27) Dino VIDALI, en «Diritto penal Marittimo», en Nuovo Digesto Italiano, vol. IV, considera como ejemplo de estos delitos marítimos impropios el homicidio de un superior a bordo.

En el mismo sentido, VELLA Mario: «Reatti marittimi», también en Nuovo Digesto Italiano.

Existe una clara distinción entre delitos propios e impropios en la «Relazione al Codice della Navigazione», citada, donde se advierte que, si bien para los delitos propios de la navegación se ha podido establecer una disciplina del todo autónoma, para los delitos impropios es preciso una coordinación rigurosa con el Código Penal Común.

por exigencia de la navegación, que los diferencian de los delitos comunes. En ellos, el hecho de la navegación añade al tipo una particular configuración, una pena diversa o la previsión de una circunstancia que lo cualifica como delito marítimo y hace necesaria una especial normativa por insuficiencia de los preceptos comunes.

Afirma MANCA (28) que esta distinción entre delitos propios e impropios es original del Derecho de la Navegación y que su fundamento es de índole predominantemente subjetiva. En efecto, muchos delitos náuticos no pueden ser cometidos por cualquier persona, quedando reducido el sujeto activo a un grupo de individuos que ostentan una determinada cualidad o se encuentran en una situación jurídica concreta. En este sentido, la doctrina italiana (29) pone de manifiesto cómo el incumplimiento contractual hace surgir algunos delitos náuticos; así el contrato de embarco o enrolamiento delimita hipótesis delictivas, tales como la desertión, sedición o desobediencia. El motivo no es otro que el legislador valora la exigencia y complejidad de la vida a bordo para imprimir carácter de antijuridicidad penal a un hecho ilícito, pero no delictivo en circunstancias normales, pero que por razón del sujeto y la situación a bordo debe ser castigado como delito.

Fuera de los delitos propios y de aquellos que Leone (30) ha calificado con feliz terminología de delitos marítimos impropios, quedan los delitos comunes que deben tipificarse en el Código Penal, aun cuando los Códigos Marítimos establezcan como agravantes o atenuantes aquellas circunstancias que —sin influir en la naturaleza de la infracción— legitimen un especial aumento o disminución de la pena o se aparten de las reglas comunes (ejemplo, la embriaguez en determinados delitos a bordo de un buque). En efecto, el marino puede —como individuo— cometer un delito común y en tal caso debe ser castigado por el Código Penal con la pena allí prevista, salvo que su propia cualidad de marino no constituya una circunstancia de mayor o menor responsabilidad (31). Pero si el hecho, aunque sea de naturaleza común, comporta la violación de una norma marítima o la cualidad de marino constituye un elemento objetivo del hecho, entonces se altera la esencia de la infracción y le imprime tal carácter que es necesario excluir estos delitos del catálogo

---

[28] MANCA, Plinio: «Diritto penale della Navigazione», cit., p. 125. VIDALI, después de haber enumerado los delitos propios de desertión, desobediencia, motín (sedición), piratería, abuso de bandera o usurpación de mando, escribe acertada e incidentalmente que son todos delitos que tienen por teatro el mar y la vida a bordo; por teatro exclusivo, es preciso destacarlo, y que no serían concebibles en otro lugar; son delitos circunscritos de forma fija a un ambiente y pueden por ello llamarse delitos de ambiente (Dino VIDALI: «Diritto penale della Navigazione», cit., p. 986).

[29] MANCA: «Diritto penale...», cit., p. 126.

[30] Giovanni LEONE: «Considerazioni sulla sistemazione del diritto penale della navigazione», vol. I, 1940, pp. 116 y 117. La misma terminología se refleja en la «Realazione al Codice della Navigazione», citada. Ver también el Manuale de LEFEBRE D'OVIDIO y PESCATORE, p. 547.

VIDALI hace referencia a los artículos 1.084 y 1.085 del Código de la Navegación Italiano, que establecen circunstancias agravantes por la cualidad de las personas (delitos cometidos por el Comandante y los Oficiales, delitos comunes perpetrados por la tripulación o pasajeros), que suponen la elevación de la pena prevista en un tercio (Dino VIDALI: «Diritto penale della Navigazione», ya citado).

[31] Mario VELLA: «Reatti marittimi», en Nuovo Digesto Italiano, p. 1188.

de los crímenes comunes y llevarlos a los marítimos, como delitos propios o impropios de la navegación.

De Vicentis (32), que ha escrito las más relevantes monografías sobre esta materia, advierte que la expresión delitos marítimos o aeronáuticos puede entenderse en dos sentidos: 1) «Ratione obiecti», y tendremos los delitos objetivamente náuticos, en el sentido de que su objetividad jurídica encuentra su lugar apropiado en el hecho mismo de la navegación y en la tutela de bienes peculiares jurídico-marítimos. 2) «Ratione subiecti», con referencia a los sujetos activos de estos delitos: la gente de mar o los que navegan. En este caso se trataría de delitos propios o de sujeto activo exclusivo.

Precisado así el doble sentido de los delitos náuticos, surge el problema de su colocación sistemática, partiendo de la existencia de los Códigos Penales Marítimos. En España, delitos militares marítimos en el Código de Justicia Militar y delitos náuticos de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante.

Hay que preguntarse si debe existir una vía intermedia entre la formación de un Derecho Penal de la Navegación, tipificando en los Códigos Marítimos todos los delitos de la Navegación (tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo) o la simple colocación de toda la materia penal marítima en el ámbito del Código Penal Común.

Entendemos que hay que llegar a la solución de este problema mediante la formulación del principio de la *complementariedad* del Derecho Penal Marítimo o de la Navegación. Esta parte del Derecho Penal Especial tiene por objeto tutelar un grupo de particulares bienes jurídicos o intereses vitales para la navegación que, por su peculiaridad, aspiran a una categoría autónoma respecto a la categoría de bienes e intereses tutelados por el Derecho Penal Común (33). El Derecho Penal Marítimo debe presentarse, pues, como un derecho complementario del derecho penal común, debiendo concretarse a los delitos típicamente náuticos o propios de la navegación por su objetividad jurídica, con amplias remisiones al Código Penal tanto en su parte general —donde son bien escasas las peculiaridades marítimas— como en la parte especial.

Es básico el principio de la eficacia de las normas generales penales en el ámbito de la navegación, y a la luz de tal postulado deben resol-

(32) CESIDIO DE VICENTIS: «Problemi attuali del diritto penale della navigazione», en Atti del VI Congresso Nazionale Giuridico Forense, Milano 1963. Del mismo autor: «Reatti Marittimi ed aeronautici», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. XIV, p. 939.

(33) Crítica DE VICENTIS el mal criterio metodológico seguido por el Derecho Italiano en la Codificación penal y marítima, que ha dado lugar a la dispersión en varios cuerpos de normas de los delitos —objetivos y subjetivos— de la navegación. Así el naufragio, en su hipótesis básica, está regulado en el Código Penal común, mientras hipótesis particulares de este delito están insertas en el Código de la Navegación (arts. 1.119, 1.121 y 1.23), creando graves problemas de coordinación y de interpretación. Sería deseable, según este autor, que todos los delitos típicos de la navegación encontraran su sede en la parte penal del Código de la Navegación (CESIDIO DE VICENTIS: «Reatti Marittimi ed aeronautici», cit., p. 939).

verse los problemas que puedan surgir entre el Código Penal y las normas penales marítimas. Así planteado el problema se reduce a fijar los límites del Derecho Penal Marítimo, haciéndolos coincidir con los delitos típicos o propios de la navegación, es decir, a la determinación de cuáles son estos delitos náuticos. En este sentido, la peculiar naturaleza de estas infracciones se basa en su objetividad jurídica, puesto que no basta que el sujeto activo del delito sea un miembro de la dotación o tripulación (34), sino que lo determinante es la configuración de un tipo criminal específicamente marítimo que no tiene ninguna correspondencia con las figuras de delitos comunes previstas en el Código Penal.

No es viable, en efecto, la pretensión de construir lo que tendríamos que denominar un DERECHO MARITIMO PENAL, que entrañaría dificultades que no resisten el más elemental examen doctrinal. En primer lugar, esta pretendida disciplina supondría una amputación del campo del Derecho Penal, rompiendo una coherencia entre su Parte General, elaborada cuidadosamente y con legítimas pretensiones de validez para todo el campo punitivo, ya la Parte Especial, de la que el DERECHO PENAL ESPECIAL MARITIMO no es más que un apéndice.

Vendría a ser tanto como hacer a la Parte del Derecho Penal que castiga los delitos relacionados con la mar tributaria de un DERECHO MARITIMO, cuya pedida «autonomía» nunca podría extenderse hasta suplantar con sus someros principios penales peculiares aquellos principios penales que, acuñados por el paso de los tiempos y perfeccionados por una dogmática particularmente elaborada en el campo de los Principios Generales, constituyen ya parte de las normas fundamentales o constitucionales recogidas por la mayor parte de los países del mundo como indiscutibles garantías de todo ciudadano. Pero no solamente son de aplicación inexcusable al Derecho Penal Marítimo los postulados de la Parte General del Derecho Penal, sino también, y en segundo lugar, múltiples preceptos de la Parte Especial del Derecho Penal. Determinados conceptos penales, descuidados durante mucho tiempo por una dogmática sólo preocupada por la Teoría del delito constituyen la auténtica Parte Especial del Derecho Penal, lejos de esa pretendida Parte General de la Parte Especial del Derecho Penal, rechazada hoy por la mejor doctrina. Tales conceptos, propio y auténtico contenido de la Parte Especial, son de aplicación también al DERECHO PENAL MARITIMO, que así se nutre de todos los principios penales y presupone en sus tipos elementos ya elaborados por el Derecho Penal

---

(34) Sobre la participación de extraños en los delitos marítimos propios o de sujeto activo exclusivo, en relación con los artículos 1.081 del Código de la Navegación Italiano y el 117 del Código Penal, son particularmente valiosos los trabajos de Cesidio DE VICENTIS: «Reati Marittimi...», ob. cit., y PINO MANCA: «Studi...», ob. cit., vol. IV, p. 135 y ss.

Común, General y Especial (35). Si esto es cierto, si efectivamente son escasísimos los preceptos penales especiales que se refieren a la Parte General y aun los tipos penales especiales, objeto y razón de ser de su existencia, viven como apoyados en la Parte Especial del Derecho Penal, debemos concluir que nuestra disciplina —el Derecho Penal— está dotada de una coherencia que es imposible desconocer sin negar su propia esencia, degradando los tipos penales especiales a un mero Derecho Disciplinario (36).

Finalmente, es preciso recoger la acertada crítica de DE VICENTIS (37) cuando se duele de la situación lamentable y al propio tiempo paradójica de los estudios doctrinales de derecho penal de la navegación. En efecto, el Derecho Penal Marítimo es desdeñado por los maritimistas, que le dedican una parte mínima e insignificante de sus tratados; pero —a la vez— es desdeñado también por los penalistas porque —al tratarse de una materia especial que generalmente desconocen— la excluyen del gran tronco del derecho penal.

#### El principio de la complementariedad del Derecho Penal Marítimo,

(35) MALVAGNI, al presentar su Proyecto de Ley General de la Navegación en la República Argentina, opina certeramente: «Debo destacar que cada una de las ramas del Derecho de la Navegación, que están reguladas en estos seis libros, no pierden su vinculación con la respectiva rama del Derecho general a que pertenecen. Este detalle tiene mucha importancia, porque olvidando este principio se han hecho algunas críticas al proyecto, relacionado con el contenido del artículo 1.º, que, en su párrafo segundo, autoriza, a falta de disposiciones del Derecho de la Navegación, a recurrir a la analogía, lo que constituiría una grave infracción a los principios fundamentales del Derecho Penal, si se pretendiera aplicar tal regla de Interpretación al contenido del Libro V, que contiene el régimen represivo de la Marina mercante». Añadiendo más adelante: «Como cada una de estas subramas del Derecho de la Navegación mantiene su vinculación con la rama general del Derecho a la cual pertenece, nunca se podrá aplicar por incongruente el principio de analogía en la interpretación de las normas represivas del Libro V». Y finalmente, decidiendo que también las normas de Derecho administrativo siguen vinculadas a los principios que rigen esta rama del Derecho, la navegación comercial debe ser interpretada como conjunto de normas de Derecho comercial y las del Libro III como Derecho laboral (Atilio MALVAGNI: «Lineamientos generales del proyecto de Ley General de la Navegación», p. 213 y ss.). De acuerdo con el ilustre profesor argentino de la escuela napolitana de Scialoja en lo referente a que cada una de las ramas del Derecho Marítimo no deja de pertenecer ni de nutrirse, en definitiva, de los grandes principios de las disciplinas jurídicas a que pertenece. Pero precisamente por ello es digno de crítica el que, a la cabeza de una Ley General de la Navegación que incluye en su Libro V el Derecho Penal Marítimo, figure con carácter general la legitimidad de recurrir a la interpretación analógica, que el propio autor «desecha» para el Derecho Penal. Su solución de rechazar la analogía en el campo represivo es válida a la luz de los principios generales del Derecho, pero muestra un grave defecto de técnica en la elaboración del proyecto, razonablemente destacado por la doctrina de su país.

(36) A este último sentido parece referirse el profesor José Luis DE AZCARRAGA Y BUSTAMANTE cuando, después de destacar que «el Derecho Marítimo, siendo el Derecho de un medio común —los mares—, no podrá ser dividido en compartimientos estancos», señala que, «cuando Colbert redactó su famosa Ordenanza de Marina en 1681, colocó juntas todas las disposiciones relativas a las materias marítimas, tanto si se trataban de Derecho privado y de procedimiento como de Derecho penal, administrativo o público en general». Terminando por encuadrar el Derecho Penal Marítimo bajo el apartado B) y como una parte del Derecho administrativo marítimo («Derecho Internacional Marítimo», ed. Ariel, Barcelona 1970, p. 20). Ver también VIGIER: «Curso de Derecho Marítimo», para una acertada división del Derecho Marítimo, 1963, p. 128.

(37) Cesidio DE VICENTIS: «Problemi attuali del diritto penale della navigazione», en Atti del VI Congresso Nazionale Giuridico Forense, Milano 1963, p. 99. En el mismo sentido se pronuncia FERRARINI, en la misma publicación (p. 127). Ver también BRUNETTI: «Manuale di diritto della navigazione marittima ed interna»; PINO MANCA: «Studi di Diritto della Navigazione», vol. IV, Milano, Giuffrè,

derecho especial (38) frente al Derecho Penal General, hace preciso que el estudio de la «delincuencia marítima» —aquella que no encuentra tipo correspondiente en el derecho penal común— sea abordado por penalistas dotados, además, de la formación jurídico-marítima imprescindible para profundizar en investigación de esta peculiar rama del derecho. Los conocimientos de Derecho Penal son necesarios, puesto que se trata de delitos contenidos en leyes especiales que describen tipos peculiares, mientras que para todas las reglas generales valen los principios del Código Penal. El principio de la eficacia de las normas generales punitivas no basta, sin embargo, para resolver todos los eventuales problemas que pueden presentarse en el campo del Derecho Penal Marítimo. Esta disciplina, acatando los grandes principios penales —legalidad, culpabilidad, igualdad, irretroactividad—, deberá elaborar algunos principios propios y peculiares, que surgirán al aplicar y desarrollar las normas penales a los hechos de la navegación y al reunir las normas penales marítimas en un Código complementario. En esta labor se funden los quehaceres del penalista y del maritimista, puesto que el Derecho Penal Marítimo no es un derecho excepcional o temporal, cuya misión es ser pionero del Derecho Penal y su último destino la integración de sus normas en el Código Penal, sino un cuerpo legal duradero —aun cuando complementario— que responde a la necesidad de regular de modo especial los delitos y faltas náuticos, contemplando una realidad social —el fenómeno de la navegación— que es objeto de estudio por una disciplina autónoma: el Derecho Marítimo.

### **3. PRINCIPIOS GENERALES DE LA REFORMA DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR**

#### **3.1. *Los Pactos de la Moncloa.***

Con independencia de antecedentes más lejanos, la idea de reforma del Código de Justicia Militar aparece —ante la transición política— en el Texto del Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política aprobado en Madrid el 27 de octubre de 1977, más conocido con el nombre de Pactos de la Moncloa. En efecto, el apartado VII de los Indicados acuerdos lleva por título «CODIGO DE JUSTICIA MILITAR» y se refiere a las siguientes cuestiones:

---

(38) Afirma RODRIGUEZ DEVESA que el contraste entre Derecho Penal común y Derecho Penal especial es ante todo topográfico. Legislación penal especial es la que se encuentra extramuros del Código Penal, lo que no quiere decir que sea independiente de los principios establecidos por el propio Código Penal, pues éste constituye la ley penal fundamental. Esa diversidad puede obedecer a la existencia de delitos que protegen bienes jurídicos no atendidos por el Derecho Penal común o de la contemplación de una lesión conjunta de otro bien jurídico al lado de los que se encuentran protegidos en el Código. La escisión del Derecho Penal en común y especial es de tipo formal y no afecta al carácter criminal del contenido de las leyes especiales. En la mayoría de los casos hay un origen histórico y no cuenta en su abono con argumentos técnicos decisivos (RODRIGUEZ DEVESA, José M.: «Derecho Penal español. Parte General», Madrid 1979, pp. 33, 34 y 35).

**Reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar:**

1.º Por razón del delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares.

2.º Por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares.

3.º Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyen delito militar.

4.º Sometimiento a los tribunales ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo.

5.º Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar.

### **3.2. *La Reforma del Código de Justicia Militar* (39).**

«Por imperativos derivados del cumplimiento del punto VII del programa de actuación jurídica y política de los Pactos de la Moncloa, se acomete la tarea de modificar aspectos concretos de la normativa del sistema procesal y sustantivo del Código de Justicia Militar, dejando la revisión general del mismo para fecha posterior», como se dice en el Proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar publicado el día 15 de noviembre de 1978 (Boletín Oficial de las Cortes). Los principios que inspiran este Proyecto, aprobado como Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, son los ya señalados en los Pactos de la Moncloa y además los siguientes:

a) Reconocimiento de la especial naturaleza de las infracciones militares que «comprenden generalmente un tipo de antijuricidad y culpabilidad compleja, en las que el hecho no es susceptible de juicio ajeno a los profesionales de las armas».

b) Existencia de un poder punitivo interno y propio de la Institución militar.

c) Previsión de un sistema modernizado de justicia militar; resultará más eficiente en su día con una revisión general de Código cuando los cambios legales de la organización militar, la penal y la general del Estado obliguen a emprender la tarea de estudio y preparación de la obra que al Gobierno y a las Cámaras legislativas concierne. A tales

---

(39) Vid. VALENCIANO ALMOINA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80». Madrid 1980.

efectos se dispone la elaboración de un plan de informes y anteproyectos relativos a la Reforma Legislativa de la Justicia Militar.

d) Se configura la posibilidad de una nueva ordenación general disciplinaria que sirva de prerrogativa sancionadora puramente interna de los Ejércitos, descargándose la judicialidad de todo proceder que anticipadamente pueda corregirse. Se separan, pues, los campos de lo judicial y disciplinario, autorizando al Gobierno para dictar un Reglamento General de Disciplina Militar de acuerdo con las bases que se establecen.

e) Quiebra de los principios de autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar al establecer un acuerdo de casación, contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

f) Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos que se sigan en la jurisdicción militar.

g) Eliminación de la dualidad de algunas tipificaciones superpuestas en el Código Penal y Código de Justicia Militar.

h) Modificación muy restrictiva de la competencia de la Jurisdicción Militar por razón de delito, lugar, persona, causas de desafuero, conexión y codelincuencia de personas sujetas a distinto fuero.

### 3.3. *La Constitución española de 1978* (40).

La promulgación o sanción de la Constitución Española el 27 de diciembre de 1978 significó la consagración, al máximo nivel normativo, de los siguientes principios constitucionales:

1.º La Justicia Militar forma parte del Poder Judicial (Título VI, artículo 117, núm. 1).

2.º El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales (art. 117, núm. 5).

3.º Se reduce el ejercicio de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución (art. 117, núm. 5).

(40) Vid. CASADO BURBANO, Pablo: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 36, julio-diciembre 1978, p. 7 y ss. TRILLO-FIGUEROA M.-CONDE, Federico: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una constitución institucional)», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12 (nueva época), noviembre-diciembre 1979, p. 105 y ss. LOPEZ HENARES, Vicente: «Problemas jurídico-políticos del poder militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 31-32, enero-diciembre 1976, p. 11 y ss. M. OEHLING: «La función política del Ejército», *Instituto de Estudios Políticos*, Madrid 1967. GARCIA ARIAS, Luis: «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, Madrid 1967. DIEZ ALEGRIA, Manuel: «Ejército y Sociedad», Alianza Editorial, 2.ª edición, Madrid 1973. ALZAGA, Oscar: «La Constitución española de 1978», Madrid 1978. GONZALEZ NAVARRO, Francisco: «La nueva Ley fundamental para la Reforma Política», Madrid 1977, p. 21.

4.º Se suprime la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra (art. 15).

5.º Se garantizan una serie de derechos fundamentales y libertades públicas que pueden tener importante incidencia en las normas penales y procesales militares.

6.º Se consagran los principios de autonomía, especialidad e integración en el poder judicial de la Jurisdicción Militar.

### 3.4. *El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.*

Una ponencia especial, constituida en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación, elaboró un anteproyecto de Código Penal que el Gobierno remite al Congreso de los Diputados y publica el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 17 de enero de 1980. Este proyecto supone una renovación completa de nuestro derecho punitivo. Se inspira —según su exposición de motivos— en los postulados de la moderna Política criminal, en la moderación de las penas y la eliminación de ciertos delitos formales. Los delitos se sistematizan en atención a la jerarquía y complejidad del bien que lesionan, se adopta el sistema dualista de sanciones penales (penas y medidas de seguridad) y se consagra el principio de culpabilidad. Las reformas introducidas en los libros II y III responden:

- a) A necesidades técnicas sentidas desde hace tiempo.
- b) A la evolución o cambio social.
- c) A la nueva organización política.
- d) A imperativos de la propia Constitución.
- e) A la conveniencia de incorporar al Código preceptos de la legislación especial.

Es evidente la influencia que este Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal tiene en la redacción de un nuevo Código de Justicia Militar. Podemos concretar este ámbito en los órdenes de cuestiones siguientes:

1.º Título Preliminar: De las garantías penales y de la norma penal. Constituye un conjunto de normas y principios penales y aun procesales de indudable importancia en nuestro derecho punitivo y con vocación de generalidad y supletoriedad, expresamente establecida en el artículo 16 del Proyecto.

2.º Libro I: Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal. Se piensa en una remisión en bloque —conservando las necesarias peculiaridades— al Código Penal o la elaboración de una

Parte General propia del Derecho Penal Militar; en todo caso hay que tener en cuenta la innovación y avance que supone el texto de este Proyecto del Código Penal Común.

3.º El libro II, «Delitos y sus penas», ofrece para la Jurisdicción Militar el interés de que, conductas que actualmente se incriminan en el Código Castrense aparecen ahora tipificadas en el Proyecto de Código Penal y, en otros casos, pueden existir problemas de delimitación de los tipos penales.

### 3.5. *El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial.*

El día 16 de abril de 1980 se publica este Proyecto de Ley Orgánica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados). En su Título Preliminar regula el Poder Judicial, declarando —en su artículo 1.º— que la Justicia emana del pueblo y se administra, en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles y responsables, sometidos únicamente al imperio de la Ley. El artículo 3.º es particularmente importante al disponer que: «La Jurisdicción es única y se ejerce por los Jueces y Tribunales de los órdenes civil, penal, administrativo y social, a salvo de la competencia del Tribunal de Cuentas y las atribuciones de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

### 3.6. *Principios generales de la Reforma de la Justicia Militar.*

A la vista del Ordenamiento Jurídico español (41) podemos enumerar como líneas directrices de la reforma de la Justicia Militar las siguientes:

1.º Toda reforma militar debe tener presente la misión constitucional de las Fuerzas Armadas (art. 8 de la Constitución).

2.º Los derechos y deberes fundamentales de los españoles, recogidos en el Título I de la Constitución, deben ser respetados y tutelados por la Jurisdicción Militar, particularmente aquellos derechos relacionados con las garantías penales.

3.º La Jurisdicción Militar forma parte del Poder Judicial (Título IV de la Constitución) y constituye una jurisdicción especial dentro del principio de unidad jurisdiccional del Estado.

4.º La Jurisdicción Militar se ejercerá en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio.

(41) Se debe tener necesariamente en cuenta el artículo 40 de la Ley Orgánica de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar y la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 9/80 de reforma del Código de Justicia Militar.

5.º El procedimiento penal militar establecerá la garantía de defensa, la apelación, casación o revisión de los fallos, con las restricciones que para el estado de sitio o tiempo de guerra se determinen.

6.º Se establecerá un estatuto de la Autoridad Judicial Militar, sus Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal Jurídico-Militar.

7.º Los principios recogidos en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, regla moral de la institución militar y marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros, presidirán la redacción del futuro Código Castrense.

8.º El futuro Código Militar deberá reflejar debidamente la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar, equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial.

9.º Se deberá tener en cuenta el progreso comparado con los sistemas de la orgánica judicial militar de los ejércitos extranjeros de más asidua relación.

#### **4. BASES PARA UNA REGULACION DE LOS DELITOS DE LA NAVEGACION EN EL FUTURO CODIGO PENAL MILITAR**

##### **4.1. Denominación.**

Dentro del proyectado Código Penal Militar es necesario incluir un Título, dedicado a los «Delitos contra los deberes del servicio en la navegación», que comprenda los delitos contra los deberes a bordo de buque de guerra o aeronave militar. Es de destacar que la naturaleza de los delitos que deben ser tipificados en este Título no difiere fundamentalmente de los delitos contra los deberes del servicio, existiendo entre ambos una simple relación de generalidad o especialidad, que razones de extensión del articulado y peculiares características aconsejan elaborar en Títulos separados.

Una vez realizados los trabajos de elaboración del articulado del Título, es el momento de plantearse la clasificación en Capítulo Único o si es más adecuada alguna otra en la que —manteniendo la denominación del Título— se proceda a la inclusión de los tipos en capítulos distintos (Capítulo I: delitos contra los deberes del mando; Capítulo II: delitos contra la integridad del buque o aeronave, y Capítulo III: delitos contra los deberes del servicio a bordo), consiguiendo mayor homología entre los delitos de la navegación marítima y aérea. Finalmente, es preciso justificar la denominación del título (delitos contra los deberes del servicio en la navegación). Entre los muchos bienes jurídicos que podrían indicarnos la verdadera naturaleza jurídica de los delitos comprendidos en esta clasificación legal se ha preferido el servicio

por su mayor amplitud, antecedentes en el Derecho Militar español (Código Penal de la Marina de Guerra: Delitos contra los deberes del servicio militar), Derecho comparado (Francia, Portugal, Cuba, Italia), doctrina española (Querol, Valenciano, Montúll, Millán) y coherencia con la terminología del proyectado Código Penal Militar. Se prefiere esta expresión —deberes del servicio— a otras menos comprensivas o poco expresivas que, sin embargo, en algún caso se han utilizado. Así: Delitos contra la eficacia, integridad, disciplina a bordo, seguridad, operatividad, funcionalidad o potencial marítimo o aeronáutico. Debemos destacar que no se trata de introducir en este Título las especialidades de la Armada o Aviación Militar, donde existen numerosas conductas absolutamente homologables en tipos generales aplicables a las Fuerzas Armadas, sino que lo característico de este grupo de delitos viene definido por:

a) Se trata, sólo y exclusivamente, de delitos contra los deberes del servicio, con exclusión de los ataques a otros bienes jurídicos.

b) Los deberes del servicio infringidos deben ser los peculiares del marino o aviador a bordo, no los generales del servicio (comunes a todo militar), ni los delitos cometidos en tierra, fuera de ese ámbito cualificado que se describe como «a bordo de buque de guerra y aeronave militar». Es decir, en la Armada y Ejército de Aire existen cuarteles, arsenales, aeródromos, dependencias o establecimientos militares que no tienen la protección penal específica que aquí se arbitra, contemplando las especiales características del buque de guerra o aeronave militar.

#### 4.2. *Derecho comparado.*

No es infrecuente en el Derecho comparado encontrar numerosos ejemplos de títulos o capítulos específicamente dedicados, en los Códigos de Justicia Militares, Códigos Penales Militares o Códigos Penales (países socialistas), a tipos náuticos y aeronáuticos. El Derecho comparado se puede clasificar a estos efectos en tres tendencias:

a) Códigos que tratan, por todos los medios e incluso de forma harto discutible, de lograr un uniformismo en los tipos penales, homologando las conductas con sentido unitario de las Fuerzas Armadas (Bélgica).

b) Países que, sin agrupar en capítulos específicos y separados los delitos náuticos y aeronáuticos, los tipifican expresamente en artículos o series de artículos separadamente (Italia, Portugal, U.S.A., España, Francia).

c) Aquellos otros, particularmente hispanoamericanos, que dedican Títulos o capítulos especiales a las infracciones náuticas y aeronáuticas. De entre éstos destacamos:

**Argentina.**—Código de Justicia Militar de 18 de julio de 1951. Título VIII: Infracciones especiales de la Marina y de la Aeronáutica.

**Colombia.**—Código de Justicia Penal Militar, aprobado por Decreto de 11 de julio de 1958. Título XIII: De los delitos especiales y relativos a la Armada y a la Fuerza Aérea.

**Chile.**—Código de Justicia Militar de 31 de mayo de 1976. Título I: De los delitos especiales relativos a la Marina de Guerra.

**Inglaterra.**—Armed Forces Act de 21 de diciembre de 1966, que prorroga y enmienda, entre otras, la Naval Discipline Act. de 1957.

**México.**—Código de Justicia Militar de 29 de agosto de 1933. Capítulo III: Infracción de deberes especiales de marinos.

**Rumanía.**—Código Penal Rumano de 21 de junio de 1968. Título X, Capítulo 1.º, Sección Tercera: Delitos específicos de la Aviación y la Marina de Guerra.

#### 4.3. *Naturaleza jurídica.*

Aunque la mayor parte de los delitos incluidos en este Título son infracciones pluriobjetivas, es decir, que atacan a diversos bienes jurídicos, hay que destacar que son —ante todo— delitos contra los deberes del servicio, constituyendo la violación de los más elementales deberes del mando y dotación de un buque de guerra. Tanto los tipos dolosos como los negligentes atacan contra deberes específicos del personal embarcado, no homologables con los deberes generales del militar.

Pero tampoco hay que olvidar que el buque de guerra en sí mismo (y también la aeronave) merece una protección penal específica, y, como luego desarrollaremos en su lugar (Delitos contra la integridad del buque de guerra), estos delitos atacan también:

a) Contra la Comunidad Social, pues suponen en la mayoría de los casos un peligro próximo o riesgo para la vida o integridad de las personas que se encuentran a bordo.

b) Contra el potencial bélico de la Nación, al ser el buque de guerra parte integrante de la defensa nacional y medio de combate de primera magnitud.

c) Contra el patrimonio militar, objeto material de numerosos delitos incluidos en este Título, bien por suponer la destrucción, naufragio o averías de un buque de guerra o su puesta en peligro. Aunque de todos los intereses afectados, éste es el menos importante, y ello explica tanto su exclusión del Título de Delitos contra la Hacienda Mi-

litar como las graves penalidades que se imponen, inexplicables si no tratase únicamente de menoscabos patrimoniales.

Desde el punto de vista de la navegación marítima, el gran protagonista de estos delitos es en realidad el buque y de ahí el «nomen iuris» de delitos contra la integridad del buque de guerra. Pero no el buque como bien patrimonial o económico, sino el buque como parte del potencial bélico patrio confiado a su mando y dotación, el buque con todo su significado de riesgo y peligro. Esta circunstancia del buque de guerra podemos examinarla en las siguientes características:

a) Exigencia especial de conducta al Comandante, Oficiales y dotación de un buque de guerra, en relación con los específicos deberes que les impone el servicio militar y su responsabilidad respecto al buque como parte importante del potencial bélico de la nación que se les confía.

b) Peligrosidad del escenario del delito. Si en la mar debe exigirse siempre una exquisita diligencia y la observancia de todas las precauciones reglamentarias, no vamos a insistir en los medios catastróficos utilizados que arriesgan vidas humanas y, muchas veces, la seguridad de otros buques.

c) Gran calidad de los bienes jurídicos expuestos. Empezando por la vida e integridad corporal de toda la dotación, que se arriesga anti-jurídicamente, y finalizando por el propio buque de guerra, como elemento indispensable de la defensa nacional. En época de guerra cobran singular relieve estos ataques a la integridad del buque y su dotación.

Esta panorámica de consecuencias importantes y probables resultados lesivos a bienes jurídicos fundamentales ha llevado al legislador militar y nos conduce a proponer la imposición de graves sanciones que alcancen el techo máximo sancionador de nuestro Derecho Militar, aunque no se produzca ningún resultado lesivo para la integridad corporal como consecuencia de estos eventos.

#### **4.4. Exclusión de determinadas tipicidades náuticas.**

Debemos concretar ahora la materia objeto de estudio, en coherencia con los criterios sostenidos, de la forma siguiente:

4.4.1. Se excluyen de este Título todas las infracciones que, aun siendo típicamente náuticas, no atenten contra los deberes del servicio, por violar otros bienes jurídicos prevalentes y que gozan —en otros lugares del Código— de una especial protección. La unidad de estos delitos, caracterizados por un especial «animus», no se puede romper en Títulos o Capítulos separados, como hacen con poca fortuna algunos Códigos consultados, en base únicamente al medio comisivo, sin tener en cuenta la naturaleza jurídica o contenido sustancial de la infracción.

Así, los tipos náuticos de traición militar, delitos contra las leyes y uso de la guerra, sedición militar, desobediencia, cobardía, desertión, abandono de servicio, denegación de auxilio o deslealtad no se incluyen en el presente Título ni Capítulo, pues deben tener su adecuado encaje —como simples formas comisivas— a lo largo del articulado del Código Penal Militar.

4.4.2. Por las mismas razones, se deben excluir de los tipos aquellas conductas que pueden homologarse para todas las Fuerzas Armadas, generalizándose al no precisar de una descripción propia. Huyendo, en todo caso, tanto del excesivo uniformismo —que puede llegar a equiparar totalmente una máquina de guerra, un buque o una aeronave— como del acusado particularismo o minifundismo de tipologías, que conduce a un casuismo que haría demasiado extenso el ya recargado articulado penal. Ejemplos muy claros son los delitos de abandono de mando (art. 347 del Código de Justicia Militar), abandono de puesto (art. 358 del Código de Justicia Militar) o embriaguez en acto de servicio (arts. 362, 363, 399 y 400 del Código de Justicia Militar). Tales delitos, una vez tipificadas las conductas de forma comprensiva, encuentran su más adecuado encuadramiento entre los delitos contra los deberes del servicio.

4.4.3. Consecuencia de lo expuesto es que los delitos incluidos en este Título son, todos ellos, delitos propios o de «propia mano», es decir, que el sujeto activo de los mismos sólo puede ser un militar. En algunos casos se concreta aún más el sujeto activo del delito al Comandante del buque de guerra o Jefe de Escuadra o formación naval. En otros aparecen Oficiales, dotación del buque de guerra (Incluyendo a personas no militares, como a antiguos miembros de la maestranza, personal civil funcionario o no funcionario de la Administración Militar) y restantes militares, que bien pudieran ser tropas transportadas por vía marítima. Incluso son sujetos activos de algunos de estos delitos los Capitanes y miembros de la tripulación de buques no militares convoyados o los prácticos que presten sus servicios a bordo de naves militares, como veremos a continuación.

#### 4.5. *Sujeto activo. Especial referencia a la participación de no militares.*

En principio, los delitos contra los deberes del servicio a bordo sólo pueden ser cometidos por militares, tipificándose como delitos propios o de propia mano con la repetida expresión: «el militar o miembro de la dotación del buque de guerra». Siguiendo la crítica de Querol (42), se ha desechado la limitación del sujeto activo al Comandante, Oficiales o simplemente al «marino» (art. 343 del vigente Código de Justicia Militar). Evidentemente, sólo puede ser sujeto activo de los delitos contra los deberes del servicio a bordo, la persona obligada a cumplir

(42) QUEROL: «Principios de Derecho Militar Español», tomo II, p. 494.

determinados servicios en el buque, que comportan una exigibilidad de conducta determinada. El concepto de militar está definido en la parte general del Código y no ofrece dudas que comprende a los pertenecientes al Ejército del Aire.

El vigente Código de Justicia Militar habla del «marino», en el sentido de militar perteneciente a la Armada española, en los artículos 259-8.º (Traición), 298 (Sedición), 339-7.º (Cobardía), 385 (Denegación de auxilio) y 343 (Delito contra el honor militar). Afirma Querol que, en ocasiones y pese a que el texto del respectivo artículo diga «el militar», ha de entenderse que es precisamente del Ejército de Mar cuando habla del buque; o al del Aire cuando habla de aeronave, a los que pertenezca el culpable.

Entendemos, sin embargo, que en estos delitos —e incluso en general— debe emplearse la palabra «el militar» para designar el sujeto activo de estas infracciones castrenses, y ello tanto por resultar innecesarias mayores precisiones (que, en todo caso, quedan solucionadas por interpretaciones como la apuntada por Querol) como por la existencia de actuaciones conjuntas (en paz y guerra) de militares de los tres Ejércitos. En el ámbito de la Marina de Guerra existe, en efecto, una Aviación naval (Arma Aérea de la Armada) y una Infantería de Marina. Sus miembros no dejan de ser «marinos» en un sentido genérico, es decir, pertenecientes a la Armada, pero son mejor definidos como militares, es decir, pertenecientes a las Fuerzas Armadas en general, puesto que no les son de aplicación todos los deberes específicos de la tripulación de un buque de guerra al encontrarse embarcados. Sin embargo, existen algunos deberes que debe cumplir toda persona embarcada en una nave de guerra y tampoco existe entonces motivo para reducir a los (marinos de la dotación) la exigibilidad de algunas conductas a bordo.

En muchas ocasiones, las tropas transportadas han cometido delitos que afectan al servicio a bordo, máxime en aquellos buques destinados exclusivamente al traslado de efectivos militares (transportes de ataque).

El Código de Justicia Militar francés de 1965, en el párrafo 2.º de su artículo 3 (Título Preliminar), dispone que la expresión «individuo embarcado» designa indistintamente al individuo embarcado en un buque de la Marina o aeronave militar, por cualquier título que sea.

Sin embargo, las expresiones «militar» o «militar embarcado» no agotan las posibilidades del sujeto activo posible de infracciones contra los deberes del servicio a bordo. En efecto, en los buques de la Armada puede navegar personal civil al servicio de la Administración Militar, como personal de la antigua Maestranza, funcionarios civiles de la Administración Militar o personal civil no funcionario. La expresión «miembros de la dotación o tripulación del buque» incluye a este personal que —en principio— no tiene condición militar.

Hay que hacer, finalmente, una referencia a determinado personal no incluido en sujetos activos de los delitos tipificados, pero que debe figurar en una disposición común o general al Título. Se trata de la conducta de «no militares» o de personas «no embarcadas» que pueden participar en estas infracciones. No deja de ofrecer problemas la llamada participación del extraño en los delitos propios, aunque ésta no es la figura exacta que aquí contemplamos, sino la extensión de la condición de militar (sujeto activo del delito), u otras personas, en determinadas circunstancias.

El Código de Justicia Militar Argentino de 18 de julio de 1951 (Infracciones especiales de la Marina y Aeronáutica) tipifica delitos náuticos cometidos por Comandante o piloto de nave o aeronave mercante o miembro de su tripulación que forma parte de un convoy bajo escolta o dirección militares (arts. 812, 813, 815, 816, 817, 818 y 819).

El Código de Justicia Penal Militar de Colombia, en su artículo 283, dispone: «Las disposiciones del presente Título se aplicarán en lo pertinente a los comandantes, pilotos y demás personal civil de buques y aeronaves mercantes o comerciales que hagan parte de un convoy o formación o que estén bajo escolta militar».

El Código de Justicia Militar francés de 1965 castiga en su artículo 454 a: «Todo comandante (capitán) de un buque mercante o de una aeronave convoyado o requisado que, en tiempo de guerra o en el curso de operaciones de guerra, abandone voluntariamente el convoy del que forma parte o desobedezca las órdenes».

En Italia, el Código Penal Militar castiga los delitos del piloto o práctico no militar cuando es llamado a ejercitar su función análoga o propia en buque de guerra (art. 256). Los prácticos tomados en consideración como sujetos activos de las previsiones de la Ley penal militar —advirtió Venturo (43)— son aquellos que dirigen una nave militar o un convoy bajo escolta militar (acompañado y protegido por buques militares) o bajo dirección militar (compuesto únicamente de buques mercantes, bajo la autoridad inmediata de los órganos militares). Cuando la norma penal hace referencia a la nave, se entiende el buque dirigido o una nave perteneciente al convoy gobernado. Los delitos propios del práctico están contenidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 256 del Código Penal Militar.

Por otra parte, el mismo Código italiano castiga los delitos propios de los comandantes de los buques o aeronaves no militares.

Así, castiga como sujeto activo al comandante de un buque mercante de una aeronave civil en convoy bajo escolta o dirección militar. El elemento material consisten en ocasionar la pérdida de la nave de su

(43) Vid. LAUDI, VENUTRO, STELLACCI, VERRI: «Manuale di diritto e procedura penale militare», Milano 1978, p. 474.

mando o su separación del convoy (art. 257), previéndose las hipótesis culposas.

Entendemos que se deben castigar como sujetos activos de los delitos tipificados en este Título a:

a) El Capitán o miembros de la tripulación de un buque no militar convoyado bajo escolta o dirección militar. Se trata de la institución marítima del convoy o navegación «en conserva», que representa una fórmula válida en el Derecho de la Guerra Marítima para escapar del ejercicio del derecho de visita y de las hostilidades.

Afirma Azcárraga (44) que se da el nombre de convoy a la agrupación de barcos mercantes que recorren sus rutas habituales bajo la guarda y garantía de un buque de guerra de una flotilla de su mismo pabellón. Es evidente que el hecho de ir «en conserva» bajo pabellón enemigo, les hace correr todos los riesgos de las hostilidades como si fueran un buque de guerra, considerándose todo el convoy o formación como una única unidad combatiente. Todo ello justifica la asimilación militar que reciben Capitanes y tripulaciones, pues su conducta debe estar presidida por el estricto cumplimiento de deberes náuticos análogos a los que el servicio impone a la dotación de un buque de guerra y a su comandante.

b) Personas que presten en tierra servicios de ayuda a la navegación militar. La navegación marítima, tanto de buques de guerra como mercantes, de pesca o de recreo, necesita una serie de instalaciones en tierra de apoyo a los navegantes. Son los puertos, con todos sus servicios directamente relacionados con la ayuda a la navegación marítima, servicios semafóricos oficiales, comunicaciones marítimas, balizamiento, faros y otras instalaciones imprescindibles en tierra.

c) Los prácticos a bordo de los buques de guerra. Define Vigier (45) el practicaje como un servicio público que, en interés de la navegación, presta el Estado a la entrada y salida de los puertos y en determinados parajes de la costa. Según el artículo 1.º del Reglamento General de Practicajes, se entiende por Práctico el Capitán, piloto o patrón facultado por el Ministerio de Marina para pilotar los buques en las entradas y salidas de los puertos, rías o barras, en los movimientos dentro de los mismos y en los amarrajes y desamarrajes. En el ejercicio de sus funciones están subordinados a la Autoridad local de Marina, son funcionarios públicos y pueden ser corregidos disciplinariamente por faltas.

Los buques de guerra nacionales están exceptuados de la obligatoriedad del servicio de practicaje a la entrada de puerto, en las capitales de las Zonas Marítimas, Bases Navales, Estaciones Navales y puertos militares. En los demás puertos, las autoridades de Marina podrán dis-

---

(44) AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, José Luis: «Derecho Internacional Marítimo», Barcelona, abril 1970.

(45) VIGIER DE TORRES, Agustín: «Derecho Marítimo», Madrid 1977, p. 115.

pensar de la obligación de tomar práctico cuando las circunstancias de base habitual del buque u otras así lo aconsejen.

En nuestro derecho, el práctico no toma el mando o dirección del buque, que continúa bajo las órdenes de su Comandante, pero responde por una mala indicación o consejo imprudente, sin que su culpabilidad excluya en todo caso la que pudiera tener el mando del buque.

#### *4.6. El problema de las tipicidades negligentes.*

Coincidiendo con el tratamiento general de la imprudencia o negligencia, se debe alterar el sistema del Código Castrense actualmente vigente, que consistía —aunque con numerosas dificultades— en reunir en un solo Capítulo, denominado «Negligencia», las conductas imprudentes, negligentes o debidas a impericia profesional. Dejando aparte las acertadas críticas de Gómez Calero (46), pues no todos los delitos agrupados en el capítulo de «Negligencia» son delitos culposos, parece preferible no agrupar en un capítulo o título las incriminaciones imprudentes. Tampoco es lógico configurar un sistema de incriminación abierta por lo que respecta a la culpa, semejante al conocido artículo 565 del Código Penal vigente, particularmente cuando el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal se aparta decididamente de esta fórmula, acudiendo a la específica tipificación de las figuras culposas. Parece, pues, el sistema más acertado, y en este aspecto coincidimos plenamente con el estudio sobre la «negligencia» de Carlos Rey (47): incluir a lo largo del articulado las incriminaciones culposas, a veces en el párrafo segundo de un artículo. Es de destacar que, tratándose de delitos contra los deberes del servicio a bordo de buques de guerra, cometidos por el mando o su dotación, la conducta culposa será muchas veces una impericia o negligencia profesional, que reviste —a nuestro entender— mayor gravedad y puede equipararse a la imprudencia grave o temeraria.

En este sentido, en el Derecho Militar comparado basta la imprudencia o negligencia —sin que ésta tenga que ser grave para constituir delito—, si se produce la pérdida de un buque de guerra u otro accidente de mar, en las siguientes legislaciones:

Argentina: Artículos 792, 793, 794.

Colombia: Artículos 273 y 274.

Cuba: Artículo 69-c).

Chile: Artículos 383-2.º, 386, 387, 397.

(46) GÓMEZ CALERO, Juan: «La culpabilidad en los delitos de negligencia en el Código de Justicia Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 25-26.

(47) REY GONZÁLEZ, Carlos: «Los delitos de imprudencia en el Código de Justicia Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 38, enero-junio 1980.

**Francia: Artículo 409.**

**Estados Unidos: Artículos 108-núms. 2 y 3 y 110-b).**

**Italia: Artículos 106 y 108.**

**México: Artículo 369.**

**Portugal: Artículos 117, 118 y 129.**

**Rumanía: Artículo 345.**

**Turquía: Artículos 137 y 144.**

**España: Artículo 394.**

**Bélgica: Artículo 57.**

Para que una conducta de impericia profesional en la mar constituya delito, entendemos en definitiva que es suficiente la simple imprudencia, sin exigir la gravedad de la negligencia, pues —con independencia de los argumentos antes expuestos de derecho español y comparado— el propio proyecto de Ley Orgánica del Código Penal equipara la impericia o negligencia profesional a la imprudencia grave (ver arts. 175 y 176), sin dejar impune la llamada imprudencia leve. En estos delitos náuticos, que sólo pueden ser cometidos por militares o miembros de la dotación del buque, la imprudencia que ocasiona el resultado dañoso puede y debe calificarse siempre de profesional o impericia en la mar, donde las conductas culposas revisten especial importancia por la entidad de los bienes jurídicos expuestos. La gran amplitud de la pena debe abarcar suficientemente todas las clases de imprudencia, cuya gravedad graduará el Tribunal al individualizar la pena.

#### **4.7. Penalidad.**

Hay que destacar, en primer lugar, la necesaria gran amplitud de límites que debe tener la pena para los delitos dolosos contra la integridad del buque, particularmente cuando se trata de la pérdida intencionada de un buque de guerra. Amplitud que lleva, en su grado máximo, a proponer la pena de muerte en época de guerra para el Comandante u Oficiales que ocasionaren el naufragio o destrucción intencional de su buque en la mar. Pena ya señalada al delito en el artículo 342 del Código de Justicia Militar, que ahora debe limitarse a la pérdida del buque en época de guerra (art. 15 de la Constitución Española). No es preciso destacar la gravedad de esta conducta por lo que supone de quebrantamiento de deberes, peligro para la dotación y privación de medios al potencial bélico de la nación. Lógicamente, debe distinguirse la pena entre el Comandante y Oficiales —con una mayor exigibilidad en sus conductas— y el resto de la dotación y otros militares responsables. Asimismo existe una gradación entre los supuestos más graves,

pérdida de buque, y otras conductas de menor entidad, como los abordajes, varadas, averías o daños, en el caso de delitos dolosos.

En los tipos culposos se abarcan todos estos resultados, pues en ocasiones puede merecer más reproche penal y suponer mayor imprudencia un abordaje en la mar que un naufragio en puerto.

Para estos delitos culposos y para la infracción de medidas de seguridad en la navegación se podría introducir —como principal en el primer caso y como pena alternativa en el segundo— la pena de inhabilitación definitiva para mando de buques.

La justificación de la incorporación de esta sanción al arsenal de las penas militares viene dada por las razones siguientes:

a) Se trata de una pena muy adecuada para las infracciones culposas o delitos de peligro que no suponen una perversidad en la persona responsable que aconseje su ingreso en prisión por largo tiempo y, al mismo tiempo, supone una evidente ejemplaridad.

b) A la vez que una pena es una medida preventiva que trata de evitar futuras acciones imprudentes del condenado al mando de un buque de guerra, cuya responsabilidad ha probado que no puede asumir.

c) Evita las cortas penas carcelarias, en el supuesto de infracción de las medidas de seguridad en la navegación.

d) No es ninguna novedad en nuestro Derecho Militar, ya que los artículos 37, 53 y 66 del Código Penal de la Marina de Guerra establecían la pena de «privación de mando», y existe esta misma sanción en la vigente Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. Antecedente remoto, pero bien claro, de esta pena es la de «privación de mando», contenida en el Título 5 de las Ordenanzas de la Real Armada para castigar al que por mala maniobra abordase bajel de guerra o embarcación particular.