

LA CULPA EN EL DERECHO PENAL MILITAR

por Antonio QUINTANO RIPOLLES

Abogado Fiscal del Tribunal Supremo

La materia de culpa presenta en el Derecho militar español singularidades doctrinales y dogmáticas que me parecen dignas de tenerse en cuenta. En primer término, es de observar que el Código de Justicia Militar no contiene un precepto genérico de imprudencia, al modo del contenido en el art. 565 del penal común, aunque sí numerosísimas figuras específicas, muchas más, desde luego, que las consignadas en éste. Ello pudiera inducir a pensar que en el Código castrense se ha optado por el sistema extranjero del *numerus clausus* en lo culposo, al contrario del *apertus* predominante en el ordinario, pero no es este el caso. El precepto genérico del art. 565 del Código penal común sigue ostentando también validez en el ámbito militar, aplicable en idéntico sentido de tipicidad indirecta que le es característico. Lo cual constituye una de tantas ocasiones de "prolongación" de la ley penal en que se acoplan instituciones comunes y castrenses, valiendo la imprudencia genérica como delito común y no propio o especial. En cambio, las modalidades de imprudencia específica (nominada o innominada) tipificadas en el Código militar ostentan el carácter de *crimina propria* en el sentido estricto de la expresión.

Teóricamente pudiera suscitarse otra vez en lo militar la batallona cuestión de si en la culpa hay o no voluntad, es decir, el

elemento psíquico requerible para toda infracción criminal, sea dolosa o culposa. Con tanta mayor acuidad en este campo siendo conocida la ausencia de la condición de "voluntarias" en la definición de las acciones u omisiones constitutivas de delitos o faltas en el art. 181 del Código de Justicia Militar. Lo que vale tanto como plantear el tópic de la inexigibilidad de culpabilidad en lo penal castrense. Sabido es que los pareceres de los especialistas siguen de antiguo escindidos a este respecto, mostrándose favorables a la idea de intrascendencia del factor subjetivo los autores más tradicionalistas, como CONEJOS D'OCÓN, DÁVILA, DÍAZ LLANOS y BLANCO, en tanto que prefieren la asimilación al concepto ordinario de delito los más sensibles a las esencias de culpabilidad estricta, como FERREIRO y TEJEDOR, POU RIBAS, VIGURI, DEVESA y LANDÍN CARRASCO. Personalmente opino, con iguales razones que las expuestas por RODRÍGUEZ DEVESA (1), que la segunda tesis debe prevalecer, siquiera en el terreno de los principios, y aun en el de la dogmática, ya que en otro caso no tendrían razón de ser, en un plano de absoluta objetividad, causas de inimputabilidad como las que el Derecho penal militar, al igual que el civil, admite. Y menos aún, y el argumento afecta ya de modo directo al tema que aquí se trata, la distinción entre dolo y culpa, que normativamente se tiene asimismo en cuenta para prefigurar las infracciones. Siendo ambas formas de culpabilidad es signo indubitado, por ende, de que la culpabilidad cuenta.

El que a veces se parifiquen las sanciones en lo doloso y culposo no arguye, sin más, por la identificación conceptual ni por la irrelevancia de la culpabilidad. Pues ello sucede también en el Código penal común (en los arts. 358 y 360), sin que tal anomalía afecte a las características de la teoría general del delito. Otro tanto puede decirse de la abundancia en tipologías de mero resultado, conocidas asimismo, aunque en menor número en el Derecho penal ordinario. Ambas particularidades, más o menos frecuentes, pero siempre excepcionales, son debidas, unas veces, a meras imperfecciones de técnica legislativa, y otras, a recusables criterios de pragmatismo, que no invalida, sin embargo, la tesis general netamente diferencial. Es de observar en tales ocasiones, en lo civil como en lo castrense, una perniciosa tendencia a involu-

(1) *Derecho penal*, tomo II, pág. 517.

erar los conceptos de voluntad e intención, referibles técnicamente al acto y al fin, lo que es en no pocas ocasiones la verdadera causa de los malentendidos reinantes.

Pese a lo que queda dicho, forzoso es reconocer que en el Código de Justicia Militar abundan con inusitada frecuencia, al lado de infracciones por imprudencia perfectamente caracterizadas, otras que sólo lo son a título un tanto sutil y subrepticio, si se les atribuye tal cualidad por la vía de la culpa presunta o *culpa in re ipsa*, que al ser *iuris et de iure*, equivale prácticamente a una postura de descarnada responsabilidad objetiva. La trascendencia del resultado y las consabidas razones prácticas de mantener la ejemplaridad, y con ella la disciplina a toda costa, son las explicaciones más plausibles: disculpas, más bien, encaminadas a justificar tan graves derogaciones del dogma del *nullum crimen sine culpa*.

Múltiples son las ocasiones de incriminación específica de lo culposo dentro del Código de Justicia Militar, si bien no pocas de ellas, como queda dicho, merecen esa condición de modo hipotético y presunto, siendo tan amplio el margen concedido a la objetividad que a duras penas puede aducirse aquella valoración. Lo creo factible, sin embargo, por cuanto que la ausencia de intencionalidad dolosa reclama, por exclusión, una mínima exigibilidad de voluntad culposa, siquiera de un modo implícito en el tipo. He de referirme, en primer término, a los tipos delictivos de los arts. 296 y 362 del Código, que valen como específicamente militares, sin parangón aparente con la dogmática penal ordinaria. El primero hace mérito a la penalidad imponible a los seis individuos que se conceptúan más próximos al sitio donde hubiere proferido una voz en sentido subversivo y no se descubriere a su autor. El segundo, al hecho de hallarse dormido el serviola, tope o centinela.

Ante tan peculiares tipicidades como las que quedan aludidas cabe al jurista crítico una doble posible actitud: la de estimarlas como una derogación pura y simple del principio de la culpabilidad personal en aras del practicismo a que antes aludiera, aceptando en tal concepto su excepcionalidad o condenándola a modo de bárbara reminiscencia ancestral de tiempos doctrinalmente superados. O bien la de tratar de acoplar dichos preceptos a una hermenéutica de lo culposo, ya que a la del dolo es obviamente imposible. La primera solución, por lo simplista, es sin duda la

más fácil y, como tal, más frecuente: la segunda, aunque sutil y quizás arbitraria, no lo es tanto. La creo, en principio, hacedera e interesante en grado sumo, caso de lograrse mediante ella una plausible explicación o atenuación, siquiera, al recusable proceder de la pura responsabilidad objetiva.

La figura delictiva del art. 296 es seguramente la más ardua de encuadrar en una sistemática culpabilista, por ser condiciones de punibilidad actos independientes, no ya de la intención, sino hasta de la voluntad del sujeto: los de no saberse ni haberse logrado averiguar el autor del grito subversivo, ya que, conseguido esto, los seis vecinos de formación quedan exentos de pena. En poco o en nada resuelve el *punctus pruriens* de la cuestión el acudir, como es corriente en los tratadistas de Derecho militar, a la modalidad de participación por encubrimiento, ya que siendo éste tácito o presunto, el problema de la culpabilidad queda en pie, exigible tanto en el encubrimiento como en la autoría. Es con el de la culpabilidad misma con el que es forzoso encararse, sea confesando sin rebozo la responsabilidad objetiva y el delito "no voluntario", al modo de los autores tradicionalistas antes mencionados, sea tratando de explicar como aparente dicha anomalía.

Ante todo conviene hacer ver, no tanto quizás en descargo del Derecho militar como de crítica del común, que en éste tampoco pueden considerarse inéditas situaciones de parecido jaez objetivista. Así, sin ir más lejos en materia de Parte general, en las responsabilidades escalonadas de autoría que, en la delincuencia de imprenta, grabado o radiodifusión, establece el art. 15 del Código penal ordinario. Como es bien sabido, según ese precepto, las responsabilidades criminales de los directores, editores o impresores de la publicación delictiva se halla respectiva y subsidiariamente subordinada a un hecho de puro cariz aleatorio: el que se ignore el autor real del texto incriminado, su paradero o el del que le sigue en la arbitraria escala de presunciones. Si bien se consideran las cosas, la norma común es todavía más crudamente objetiva que la militar con que acabo de compararla, por cuanto que en esta última se limita la subsidiariedad al desconocimiento del materialmente autor del grito, mientras que en la ordinaria de imprenta basta para la "corrida de escalas" las condiciones aún más aleatorias de que el autor o su sustituto estuvieren exentos de responsabilidad o no domiciliados en España.

Idéntica incriminación objetiva, subordinada a un evento independiente de la propia intención, aparece en el párrafo segundo del art. 227 del Código penal común, al atribuir a los jefes principales de la rebelión o sedición los delitos particulares perpetrados en ocasión de las mismas cuando sus autores "no puedan descubrirse". Criterio que se ha acentuado aun, extendiéndose a todas las infracciones del título II del libro primero, por la promulgación del nuevo art. 268 *bis*, según ley de reforma de 29 de marzo de 1957, acudiéndose en caso de duda a normas tan objetivas como la de mayor caracterización y la mayoría de edad.

Volviendo al art. 296 del Código de Justicia Militar, las posibilidades de culpa no quedan absolutamente descartadas. Ya el hecho de la proximidad al efectivo autor es criterio, aunque tosco, bastante significativo, reemplazando, en todo caso, al ciego criterio de diezmar las unidades, de tanta tradición en el Derecho castrense, desde la *decimatio* romana al *Zehnten* o *Dezimierung* prusiano. Todavía lo es más, o susceptible de serlo, el no determinar la responsabilidad por la pura topografía material de los individuos, dejando tal apreciación a los jefes, es decir, a los que éstos "conceptúen más próximos al sitio". Con lo que se arbitra una posible y deseable labor discriminatoria de individualización, eliminando algo (no mucho, ciertamente) los riesgos del puro azar.

Mas aparte de tales consideraciones rudimentarias de hecho o de prueba, la razón de ser del precepto delata asimismo una evidente preocupación por la búsqueda de culpa, todo lo torpe que se quiera, pero real. Si se elige a los seis miembros de la formación más próximos, siempre a juicio de los jefes, es por una presuposición legal de conocimiento del hecho criminal, que sería ciertamente insensato imaginar en todo el regimiento. Y sentada tal presunción, con todos los riesgos inherentes a las de *iuris et de iure*, las consecuencias logísticas no se hacen esperar: la no delación es ya una cierta coparticipación, siquiera pasiva, en el hecho, por igual razón que la denuncia exige con arreglo al espíritu del precepto y aun a la letra de las exenciones en materia de rebelión y sedición. Ahora bien, y con eso tocamos al fondo de la cuestión y, a mi modo de ver, a la verdadera naturaleza del delito del art. 296 —el supuesto que en él se contempla es el del conocimiento, no el de connivencia con el sujeto autor material del acto subversivo—. O lo que es lo mismo, hay *voluntad* —la de

callar—, pero no *intención* de cooperar, pues en este segundo supuesto, probada la confabulación, no sería ciertamente aplicable este tipo, sino el correspondiente a la sedición misma. Sólo entonces se daría, pues, la culpabilidad plena, esto es, la dolosa, por lo que resulta forzoso inferir que en la del art. 296 se estima la mínima culposa, de voluntad no intencional o maliciosa. No hay en la conducta incriminada intención subversiva, aunque sí voluntaria (presunta) imprudente actitud de indolencia en cumplir los deberes exigibles, es decir, conducta de innegable propinquidad a lo culposo de tipo omisivo, en ello tan frecuente.

Respecto al delito del art. 362, de dormición del centinela, lugar común de censura dirigido por los enemigos del Derecho militar a éste como paradigma de ciega responsabilidad objetiva, tampoco es imposible descubrir en su mucha escoria algunas briznas de espíritu a título de culpa. De censurar, sin paliativos, es la equivalencia disyuntiva que en dicho artículo se hace del “dormido o ebrio”, como si ambas situaciones fueren jurídicamente asimilables. Pero, prescindiendo de tan grave *lapsus* (que lo es más todavía en Derecho militar, donde, como es sabido, el artículo 186 sienta el principio de que “la embriaguez nunca será atenuante para los militares”), el hecho de dormir, que en sí mismo es indudablemente lícito y aun orgánicamente necesario, no lo es y entraña imprudencia cuando un deber específico lo veda. En el Derecho penal común tampoco quedan sin sanción el guardagujas 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. Se trata, en suma, de un *plus* de exigibilidad correlativo a un *plus* de deberes, esto es, de una vulgarísima operación normativa de valoración de conductas. No hay demasiados motivos, por lo tanto, para rasgarse las vestiduras de la juridicidad ante una infracción como la del artículo 362 del Código de Justicia Militar. Más aún si se tiene en cuenta que todas las hipótesis previstas en él y en el 363 como delitos son todas, bien de resultado en el primero de dichos preceptos, bien de excepcional gravedad circunstancial en el segundo (estado de guerra), pues el mero hecho de dormirse un centinela en tiempo de paz es únicamente una falta grave en el servicio, del núm. 2º del art. 439. Eso sin considerar que el sueño, función fisiológica, es un fenómeno normalmente mixto de la volun-

tad y no voluntad, en que la segunda manifestación sólo prevalece en determinadas ocasiones excepcionales. Si éstas se dieran y probaren en el centinela, por ejemplo, la trypanasomiasis o simplemente la relajación de los centros cerebrales impositivos de vigilia por consecuencia de su dilatado ejercicio, tengo por seguro que la responsabilidad criminal quedaría excluida. El objetivismo del tipo resulta así bastante reducido, mostrando una neta afinidad a lo culposo, de falta de diligencia en el deber específico de velar. Requiere, por lo tanto, un *mínimum* de voluntad, aunque, por descontado, ausencia de malicia, pues existiendo ésta preordenada a un fin, de favorecer incursiones enemigas o sediciosas, es claro que desaparecerían las tipicidades culposas específicas para dar lugar a las dolosas de traición, rebelión o sedición.

Idéntica o muy afín problemática ofrecen las tipologías paralelas a la reseñada comprendidas en los arts. 399 y 400, referidas a oficiales de guardia en buque o individuo de tropa en servicio de armas que no fuere el de centinela.

Ya con el *nomen* propio de imprudencia o negligencia, sinónimos en lo militar como en lo civil, y sin duda alguna por lo tanto respecto a su naturaleza jurídica, consígnanse en el Código de Justicia Militar otros delitos o faltas sin sujeción a agrupación sistemática alguna afectando a la culpabilidad. Apenas si provocan dificultad teórica de la magnitud de las anteriores, aunque sí, a menudo, peculiaridades respecto a la dogmática penal común. La más singular de todas, que ciertamente no admite concordancia en el orden civil, es la de conocer un tipo de delito culposo al que es susceptible de imponer la pena capital; es decir, una sanción que CARPZOVIT'S mismo, bien conocido por su dureza, rechazó ya para la culpa en pleno siglo XVII y que en el XVIII sólo se atrevió a defender, con unánime repulsa, el alemán LEYSER. Me refiero a la figura del art. 388, que castiga con la pena de seis años de prisión militar a muerte al "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". En el último inciso del precepto estriba la explicación técnica de la gravedad del acto, formulándose una especie de culpa con previsión o consciente que es la más cercana al dolo, y aun confun-

didada con él en abundante doctrina. Es esa *constancia* del peligro la determinante de la especificidad.

En casos en que la previsión no es formalmente exigible y que los resultados no se acreditan tan graves, el mismo capítulo de "Negligencias" admite a continuación modalidades harto más benignas. Así el art. 389 la de daño en las operaciones de guerra u en otra materia importante del servicio, y el 390 la de no acudir con la debida prontitud a una función de armas.

El art. 391 registra, a su vez, dos figuras abstractas de culpa de matiz omisivo: 1.º El no mantener la debida disciplina en las fuerzas del propio mando o no proceder con la debida energía a reprimir en el acto cualquier delito militar; y 2.º El incumplimiento de deberes militares no especificados como delitos en otros lugares del Código. Tipicidad esta última de contextura genérica, que en parte hace las veces de un *numerus apertus* en la culpa, al modo del art. 565 del Código penal común. La tengo por específica, sin embargo, por hacer referencia concreta a infracciones del título "Contra los fines y medios de acción del Ejército", lo que reduce notablemente el ámbito de su generalidad. 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. Hasta el punto que el propio texto del artículo la excluye, con remisión expresa al art. 351. Otro tope, esta vez en lo mínimo, lo ofrece la falta del núm. 2.º del art. 437 para hipótesis de levedad en la negligencia. Meras reiteraciones 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.

Una modalidad de imprudencia por ignorancia, que pudiera denominarse prevaricación militar culposa, pareja a la de funcionarios públicos del Código común, es la del 402 del de Justicia Militar, por incumplimiento de deberes técnicos de la profesión. Es de notar que en el mismo se pena (con seis meses y un día a tres años de prisión o separación del servicio, disyuntivamente) la ignorancia misma entrañando incumplimiento de deberes en la esfera militar, pero sin especificación alguna de resultado, como

es el caso en las prevaricaciones civiles donde es requerible la resolución injusta. Constituye, por lo tanto, una imprudencia de puro riesgo y no de resultado, que de darse efectivamente obligaría a acudir a preceptos más específicos.

En materia de revelación de secretos *lato sensu*, que en la legislación común no ofrece modalidades culposas específicas, la militar sí las conoce, con lo que indirectamente abona por su posible estimativa en aquélla siquiera sea por el camino de la generalidad que el art. 565 del Código ordinario tolera. De un modo implícito se tipifican formas de culpa en las de traición de los artículos 262 y 263 del Código de Justicia Militar, y ya de un modo expreso e inequívoco en el 398, referido a la revelación por negligencia del secreto y seña u órdenes reservadas. En los casos de traición aludidos el elemento culposo creo que se infiere de la ausencia de intención en la publicación de documentos, noticias o datos, que de existir no dejaría dudas sobre la existencia de la traición perfecta. La posibilidad, ya que no la precisión de la culpa, parece deducirse asimismo de la latitud extrema en la imposición de penas, comprendiendo desde la prisión de seis meses y un día a la de muerte. Lo cual induce a pensar que deban reservarse los grados mínimos, por lo menos, a las conductas culposas, posibles, repito, ya que no obligadas, siquiera sea por la rotunda expresión de "en cualquier forma" que el texto del art. 263 emplea.

En lo tocante a daños y estragos, que en el Derecho penal común, como en el militar cuando no se especifique, queda la materia culposa reservada a la tipicidad indirecta y genérica del artículo 565 del Código penal, el de Justicia Militar presenta dos figuras perfectamente caracterizadas. Una es de riesgo, la de introducción de luces o materias inflamables en pañoles, polvorines o almacenes donde hubiere efectos de fácil combustión, con penas agravadas para el centinela o encargado de su custodia, es decir, por un *plus* de deber. Modalidad que, como todas las de riesgo, presenta en su naturaleza culposa complejidades que a veces la desvirtúan, siquiera sea aparentemente, puesto que la tal introducción de materias inflamables puede ser muy bien querida, sin finalidad determinada criminal. Otra, en fin, hace mérito al abordaje marítimo y es infracción culposa de resultado, configurada en los arts. 394 y 399, dentro del Capítulo VIII del Título XII, relativo a las negligencias. Su estudio suscita demasiados problemas

materiales, procesales y hasta internacionales para ser tratado aquí y que, de otra parte, han sido suficientemente expuestos y a veces resueltos por ORCASITAS en su conocida monografía sobre la materia (1).

Baste hacer ver que, aun siendo delito de resultado, el abordaje ofrece mucha mayor relevancia en lo doloso que en lo culposo, hasta el punto de que la pérdida del buque puede incluso destipificarlo y hacerlo pasar al art. 341. En cambio, en el abordaje culposo del 394 se equipara disyuntivamente tal pérdida o la de aeronave a las averías superiores a 250 pesetas (pues en otro caso integrarían la falta del art. 443). Es de observar, asimismo, que la forma de negligencia típica es reservable al Comandante y al Oficial de guardia, por lo que se configura a modo de delito de "propia mano". Perpetrado por otras personas serían aplicables las demás normas de negligencia, y no precisamente las de abordaje. Es más, aun tratándose del Oficial de guardia tampoco parece que procedería la calificación del art. 394, sino la más específica aún del 399, siempre y cuando que el resultado fuere ocasionado por haberse dormido o embriagado.

(1) *Nueva legislación de abordajes*, 1954.