

EL «VERSARI IN RE ILLICITA» EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

por Juan GOMEZ CALERO

Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar.
Diplomado en Derecho Penal Militar

I. EL «VERSARI IN RE ILLICITA»

El antiguo criterio de responsabilidad plasmado en la locución *versari in re illicita* sigue revistiendo interés en nuestra patria, en razón a que puede ser hallado, a título de principio informador, tanto en decisiones judiciales como en la propia ley positiva.

“La actualidad y candencia de este principio —escribe el malogrado Quintano (1)— son, al parecer, permanentes, merced a la terca actitud de nuestra Jurisprudencia que, con la inglesa, comparte el triste privilegio de velar por los más rancios fueros del *versari*”. Paralelamente, existen —al decir de GIMBERNAT (2)— numerosos supuestos en que la ley española acoge el principio del *versari in re illicita*, hasta el punto de que —como acusa RODRÍGUEZ MOURULLO (3)— “la culpabilidad ocupa ya de por sí una situación precaria en nuestro Derecho positivo, y el espectro del *versari* parece amenazarla por doquier”.

Si —consiguientemente— la doctrina del *versari* es por sí sola merecedora de atención, claramente se advierte la oportunidad de su investigación en el Código castrense, tópicamente tildado de

(1) QUINTANO: *Derecho penal de la culpa*. Barcelona, 1958.

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

(3) RODRÍGUEZ MOURULLO: *La presunción legal de voluntariedad*. Madrid, 1965.

objetivista por quienes pretenden que en el delito militar no es necesaria la voluntariedad.

Como es bien sabido, la expresión *versari in re illicita* —o simplemente *versari*— viene a ser una abreviación sustantivada de las locuciones con que aparece formulada la doctrina en los antiguos textos de los que procede. La más conocida de estas locuciones dice así: “*Quid in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*”. Esto es: “el que incurre en ilicitud responde también del caso fortuito”. Otras formulaciones de este principio son las siguientes: “*Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*”; es decir, “al que incurre en ilicitud, se le imputan todas las consecuencias del acto ilícito”; “*versanti in re illicita etiam casus imputatur*”; o sea, “al que incurre en ilicitud, se le imputa incluso el caso fortuito”.

Con una u otra expresión, en definitiva, el aforismo hace referencia a aquel criterio de responsabilidad según el cual el que incurre en ilicitud debe responder a título de dolo de todas las consecuencias de su comportamiento ilícito, aun cuando tales consecuencias sean absolutamente imprevisibles y, por ende, involuntarias. “La idea que ilustra el *versari in re illicita* —dice DEL ROSAL (4)— no es otra sino la elaboración de la culpabilidad por el mero nexo causal, siempre y cuando recaiga éste sobre un hecho ilícito, como indica el propio aforismo”. El *versari* conduce, pues, a atribuir responsabilidad por un suceso fortuito, actitud reprobada por la doctrina (5) que, grave en sí, lo es más todavía cuando la imputación tiene lugar a título de dolo (6).

Julián PEREDA (7) —cuya cita es obligada al tratar de esta materia relata, a título de ejemplo, un supuesto histórico de aplicación de este principio por nuestros Tribunales de Justicia. “Una

(4) DEL ROSAL: *De la relación de causalidad y del “versari in re illicita”*. Madrid, 1958.

(5) CARRARA: “Jamás se me ha ocurrido admitir la responsabilidad de un resultado imprevisible”. JIMÉNEZ DE ASÚA: “El *casus* jamás puede ser imputable”.

(6) La imputación de lo fortuito a título de dolo constituye la esencia del *versari*; pero también representa concesión al *versari* la atribución de lo culposo a título de dolo y la atribución de lo fortuito a título de culpa.

(7) Julián PEREDA: *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*. Madrid, 1956.

pobre mujer —refiere— se encarga de llevar sobre sus hombros ligeras cargas de brezo y ramas; se encuentra con niños de siete a doce años que la molestan todos los días y tiran de las ramas y no la dejan en paz; cansada de sufrirlos, cogió un día una pequeña piedra y la echó contra el grupo de chiquillos; por desgracia, dio en la cara de uno de ellos y le causó una ligera erosión que, ni por la región que ocupaba ni por los órganos lesionados, ofrecía gravedad alguna; pero se presenta el tétanos y el niño muere a los pocos días". Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo consideraron responsable a esta mujer de un homicidio doloso.

Otros muchos ejemplos podrían aducirse, demostrativos de los aberrantes resultados a que conduce la aplicación estricta de la doctrina del *versari*. Por virtud de semejante principio, se nos imputaría la comisión de un homicidio intencional cuando —en hipótesis de JIMÉNEZ DE ASÚA (8)— "propinamos a otro una bofetada y, al retroceder éste, se produce el episodio incalculable de resbalar en una cáscara de naranja y romperse la base del cráneo contra un inesperado objeto de hierro caído en la acera". Tal imputación no podría ser más opuesto al principio de culpabilidad.

Es por ello que el *versari in re illicita* ha venido mereciendo el reproche de la generalidad de la doctrina, como "violenta transgresión —al decir de Marcela BUNSTER (9)— al principio rector *nulla poena sine culpa*", "incompatible —según advierte GIMBERNAT (10)— con la sensibilidad jurídica actual". Como valedor minoritario de la doctrina del *versari*, cabe citar a CALAZZO (11), en cuyo sentir, "el caso fortuito subsecuente a la conducta del agente, imprevisible, no excluye la responsabilidad de quien ha actuado culposamente".

La responsabilidad propia del *versari* se genera mediante un proceso de causalidad que enlaza dos hechos cronológicamente diferenciales: el acto ilícito inicial (verbigracia: conducir por la vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso) y la producción del resultado objetivamente delic-

(8) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*. V. Buenos Aires, 1956.

(9) Marcela BUNSTER: *El "versari in re illicita"*. Santiago de Chile, 1958.

(10) GIMBERNAT ORDEIG: *Obra citada*.

(11) CALAZZO: *Studi e dottrine sulla colpa*. Roma, 1942.

tivo (verbigracia: la muerte del viandante por atropello accidental). El *versari* —escribe PEREDA (12)— “parece requerir dos situaciones con sus actos propios, una por la que se coloca el actor al margen de la ley, entendiéndolo muy ampliamente; y otra después por la que se produce un efecto que en otras situaciones no se le imputaría, pero que se le imputa aquí por el *versari in re illicita* de la primera situación”. Con referencia a estos dos momentos y a la relación de causalidad existente entre ambas, habla DEL ROSAL (13) de los dos puntos de apoyo del *versari*: “uno, de originario acto ilícito; otro, de ilación lógica y natural”. Ciertamente, si la “ilación” es absolutamente “lógica y natural”, se tornará difícil no prever el resultado. Es la causalidad *per se* que COVARRUBIAS contraponía a la causalidad *per accidens*. Mas, en todo caso, lo que confiere al *versari in re illicita* su censurable vertiente objetivista, no es tanto el hecho de que el resultado material pueda ser más o menos imprevisible, como el hecho de que, aun siendo previsible, no se requiera la imprevisión para fundamentar la responsabilidad. En la doctrina versarista propiamente dicha, la responsabilidad se engendra por el mero nexo causal entre el acto ilícito y el resultado sobrevenido, al margen de toda referencia a la idea de culpa.

Investigando los antecedentes del *versari in re illicita*, PEREDA (14) los encuentra en ciertos cánones conciliares. Cita concretamente los Concilios de Ancira (año 314), Nantes (año 659), Worms (año 868) y Tribur (año 895). De los textos que menciona, se infiere —por una parte— la posible atribución de responsabilidad por homicidios involuntarios, y —por otro lado— la inexistencia de responsabilidad por tales homicidios accidentales cuando éstos se producen con ocasión de realizar su autor un trabajo necesario; lo que, a *sensu contrario*, permite interpretar que si el trabajo es innecesario —y, con mayor razón si es ilícito— aquella muerte fortuita resulta penalmente imputable.

Estos son los primeros atisbos del *versari*. Pero —si hemos de

(12) J. PEREDA: *El “versari in re illicita” en la doctrina y en el Código penal*. Madrid, 1948.

(13) DEL ROSAL: Trabajo citado.

(14) PEREDA: *El “versari...”*, cit.

atender a la opinión de KOLLMAN (15)— la verdadera formulación de esta doctrina aparece por primera vez en la *Summa Decretalium*, de Bernardus PAPIENSIS, datada, por unos, entre 1191 y 1198 y, por otros, a comienzos del siglo XIII. Su texto, ciertamente, no habla, como los cánones conciliares, de *operi necessario*, sino de *operi licito* (16); ello significa una mayor exactitud terminológica en orden a la doctrina versarista, puesto que ya se establece, como presupuesto de la responsabilidad por el resultado fortuito, la ilicitud del comportamiento inicial del que aquel resultado dimanaba.

En parecidos términos —sustituyendo también la "necesidad" por la "licitud"— se formula la doctrina del *versari* en las Decretales de Gregorio IX. "*Homicidium casuale* —se lee en su texto— *imputatur ei qui dabat operam rei illicitae*" (17). Esta fue la norma aplicada a cierto monje que *peritus erat in exercitio chirurgiae*, y estándole prohibido dicho ejercicio, extirpó un tumor gular a una mujer, a la que, una vez operada, advirtió que no se expusiera al viento porque podría morir; la mujer, desobedeciendo la advertencia, se expuso al viento y *diem ultimum sibi finivit*. El monje fue considerado responsable de homicidio, en razón a que la intervención quirúrgica —primer eslabón de la cadena causal que desembocó en el fallecimiento de la paciente— le estaba vedada y, por tanto, constituía un acto ilícito (18).

Del propio modo, en el Sexto Libro de las Decretales, debido a Bonifacio VIII, se declara que *sunt mihi imputanda omnia quae possunt sequi ex illa re illicita* (19).

Resulta, por tanto, que en las seis Decretales aparece plenamente admitido —al igual que en la obra de PAPIENSIS— el principio según el cual *versanti in re illicita etiam casus imputatur*. Instalado así en el Derecho medieval de los siglos XII y XIII, el *versari in re illicita* alcanzó en esta época su máximo esplendor.

(15) HORST KOLMANN: *Die Lehre von "versari in re illicita" im Rahmen des Corpus Juris Canonici*, 1925, cit. por J. DE ASÚA.

(16) He aquí el texto: "*Circa illud, quod fit casu, distingue an illi qui casu occidit instabat operi licito... an nom: primo casu, non imputatur; alioquin si vesl non instabat operi licito... sibi debet imputari*".

(17) Capítulo 8, título 12, libro 5.

(18) Capítulo 19, título 12, libro 5.

(19) Capítulo 3, título 4, libro 5.

Del homicidio —al que inicialmente se limitó— llegó a generalizarse a todos los delitos.

Pero los avances del principio de culpabilidad determinaron paulatinamente la postergación del *versari* y su desaparición como norma positiva. En la actualidad solamente es posible encontrarlo en los ordenamientos jurídicos, a título de inspirador —diríamos que subrepticio— de concretos preceptos legales.

Por lo que respecta al Código penal español, la doctrina científica patria denuncia, efectivamente, en su texto determinadas reminiscencias del *versari in re illicita*.

Las tesis de nuestros penalistas a este respecto se centran, por un lado, sobre determinados preceptos de la llamada "Parte general" del Código penal (párrafo tercero del art. 1.º; circunstancia 4.ª del art. 9.º; art. 50; número 8 del art. 8.º), y, por otra parte, sobre los delitos calificados por el resultado. Seguidamente exponemos de modo sucinto el estado actual de la cuestión.

El párrafo tercero del art. 1.º dice así: "El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar".

En el transcrito texto legal, autores como RODRÍGUEZ MUÑOZ (20) creen hallar un expreso reconocimiento de la doctrina del *versari in re illicita*. La argumentación consiste en que, por la generalidad de sus términos, no se limita —como parece que fue el propósito del legislador y avalan los antecedentes de la norma— a los casos de *error in persona*, sino que abarca todos los supuestos en que el delito cometido es distinto del intentado: lo que equivale a atribuir responsabilidad por un resultado —el producido— absolutamente ajeno a la voluntad del agente. También FERRER SAMA (21) encuentra en el *versari* el fundamento de esta norma. Otro tanto cabe decir de CUELLO CALÓN (22), PUIG PEÑA (23).

(20) RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Notas a la traducción española del Tratado de Derecho penal de Mezger*. II. Madrid, 1957. *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*. Madrid, 1953. *La doctrina de la acción finalista*. Valencia, 1953.

(21) FERRER SAMA: *Comentarios al Código penal*. I. Murcia, 1946.

(22) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*. I. Barcelona, 1960.

(23) PUIG PEÑA: *Derecho penal*. I. Barcelona, 1959.

DEL ROSAL (24) y GIMBERNAT (25). HUERTA FERRER (26), si bien no disiente de esta opinión, entiende que la jurisprudencia, de conformidad con la génesis histórica del precepto, solamente lo ha aplicado en supuestos de *error in persona* o *aberratio ictus* (27).

Contra esta corriente doctrinal se pronuncian Julián PEREDA (28) y JIMÉNEZ DE ASÚA (29). Entiende el primero que, a juzgar por la *voluntas legislatoris* —conocida a través de los comentaristas— el precepto en cuestión "se refiere exclusivamente al *error in persona*", razón por la cual, al existir la "voluntad específica del delito concreto", la norma se distancia de "cuanto pudiera parecer responsabilidad por el resultado"; y, según la *voluntas legis* —patente en el texto legal— la propia norma, con su expresa referencia a la comisión de "un delito o falta", denota que "sólo tiene aplicación cuando se trate de un solo delito", pero con resultado distinto del propuesto. Parejamente, JIMÉNEZ DE ASÚA, aun admitiendo que el precepto comentado "no se refiere ya al *error in persona*", llega a la conclusión de que tampoco "se refiere a la preterintención (30) y menos a la mera responsabilidad por el resultado no querido".

Por su parte CEREZO MIR (31), si bien propugna una interpretación del precepto que, para ser "más conforme con el principio de culpabilidad", ha de restringirse a los supuestos de *error in persona* o *aberratio ictus* "en que éste dé lugar a que la víctima sea una persona distinta", sin embargo termina proponiendo *de lege ferenda* "la supresión del párrafo tercero del artículo primero" que nos ocupa.

Este párrafo tercero del artículo primero —escribe el citado

(24) DEL ROSAL: *Derecho penal español*. I. Madrid, 1960. *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*. Madrid, 1961.

(25) GIMBERNAT: Obra citada.

(26) HUERTA FERRER: *La relación de causalidad en la teoría del delito*. Madrid, 1948.

(27) Contra esta opinión de HUERTA por lo que respecta a la jurisprudencia, CEREZO MIR (*El "versari in re illicita" en el Código penal español*. Madrid, 1962).

(28) J. PEREDA: Trabajos citados.

(29) J. DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*. VI. Buenos Aires, 1962.

(30) En ello viene a coincidir con FERRER SAMA (*Comentarios...*).

(31) CEREZO MIR: *El "versari in re illicita" en el Código penal español*. Madrid, 1962.

CEREZO MIR— “es puesto en relación con el núm. 4 del art. 9.º y el art. 50”. La razón del nexos reside —al decir de CÓRDOBA (32)— en que “los arts. 9.º, núm. 4, y 50 representan el desarrollo del principio del art. 1.º, párrafo tercero, pues estos preceptos se refieren a los casos en los que no se haya producido el mal o el delito propuesto y sí se haya ejecutado un mal o delito distintos”.

El núm. 4 del art. 9.º constituye la circunstancia atenuante llamada de “preterintencionalidad”, que se caracteriza por la falta de proporción entre el resultado directamente querido y el mal efectivamente causado; o —en expresión de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1966— “por la inadecuación del resultado delictivo más grave del que podía prever el agente”.

Este precepto dice así: “Son circunstancias atenuantes: 4. La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo”.

Existen autores para los que esta atenuante representa —en frase de QUINTANO (33)— no solamente un “portillo abierto a la tentación del *versari*”, sino una verdadera “concesión al viejo principio del *versari in re illicita*”.

En cuanto al art. 50, párrafo primero, del Código penal, constituye —como el propio Código expresa— una regla “para la aplicación de las penas”. Su tenor es el siguiente: “En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo”.

También este precepto —como advierte COBO (34)— figura entre los que “han sido interpretados por la doctrina como censurables expresiones de que en nuestro Derecho se reconoce la vigencia del principio “*versanti in re illicita etiam casus imputatur*”.

La concordancia entre estas dos normas últimamente aludidas

(32) CÓRDOBA: *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de Maurach*. II. Barcelona, 1962.

(33) QUINTANO: *Derecho penal de la culpa*; *Curso...* cit.

(34) COBO: “*Praeter intentionem*” y principio de culpabilidad. Madrid, 1965.

—la circunstancia 4.ª del art. 9.º y el párrafo primero del artículo 50— constituye una difícil cuestión de exégesis, no resuelta uniformemente por la doctrina y la jurisprudencia.

Es clásica, a este respecto, la opinión de SILVELA (35), la cual —actualizada conforme al Código vigente— puede ser sintetizada así: la circunstancia 4.ª del art. 9.º se aplicaría cuando, siendo el delito ejecutado el mismo que el agente se había propuesto cometer, el mal producido es de mayor gravedad que el intentado (ejemplo: cuando pretendiendo causar lesiones "menos graves" se produce la "mutilación" de la víctima); en cambio, el art. 50, párrafo primero, se aplicaría siempre que el resultado producido, objetivamente configurado, integrase un tipo delictivo distinto del que el autor se había propuesto ejecutar (ejemplo: cuando pretendiendo lesionar se ocasiona la muerte de la víctima).

CEREZO MIR (36), preocupado por salvaguardar el principio de culpabilidad en la interpretación del Código, acepta la tesis de SILVELA en cuanto al primer precepto; pero se aparta de él en lo referente al art. 50, solamente aplicable —en su opinión— cuando el error en la persona o en el golpe "afecte a la índole del delito".

Tras un agudo examen crítico de las reglas de SILVELA, COBO (37) llega a las siguientes conclusiones: la atenuante 4.ª del artículo 9.º solamente podrá aplicarse a los delitos con resultado variable, debiendo tratarse siempre del mismo delito; el art. 50, párrafo primero, se aplicará, en primer término, a los casos de *error in persona* o *aberratio ictus*, que dé lugar a persona distinta, y que afecten a la índole del delito, y, en segundo lugar, a los casos en que, con dolo de lesiones, se produce un resultado de muerte (38).

GIMBERNAT (39), finalmente, propugna una interpretación consistente, por una parte, en sustraer a la aplicación de la atenuante 4.ª del art. 9.º aquellos casos en que, sin intención de matar, se produce, por una relación causal anómala, la muerte de la víc-

(35) SILVELA: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. Madrid, 1903.

(36) CEREZO MIR: Trabajo citado.

(37) COBO: Trabajo citado.

(38) Cuestión distinta es la aplicación del párrafo segundo.

(39) GIMBERNAT: Obra citada.

tima, y por otro lado, en no extender el art. 50 "a otros supuestos aparte de los del *error in persona*".

Por cuanto concierne a la jurisprudencia, su exégesis de estos dos preceptos le ha llevado a aplicar la circunstancia 4.ª del artículo 9.º en los casos de inadecuación entre la intención y el resultado, incluido el supuesto de que el delito cometido sea distinto del propuesto (40); el art. 50, en cambio, se ha circunscrito —en los delitos contra la persona (41)— a los casos en que, por *error in persona* o *aberratio ictus*, la víctima sea una persona distinta de la que el autor se propuso ofender (42).

El último precepto cuestionado es el número 8 del art. 8.º del Código. Este precepto dice así: "Están exentos de responsabilidad criminal: 8. El que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo".

Como resulta del propio tenor literal de la norma, la licitud del acto inicial constituye requisito indispensable para la exclusión de la responsabilidad. "Para la determinación del caso fortuito —expresa la sentencia de 25 de junio de 1966— hay que partir de la base de un acto lícito".

Esta es la razón de que los autores patrios que han examinado el problema vean en el precepto transcrito una clara reminiscencia de la doctrina del *versari*.

"De manera terminante —afirma RODRÍGUEZ MUÑOZ (43)— aparece reconocido el *versari in re illicita* en la circunstancia 8.ª del artículo 8.º". Igualmente, QUINTANO (44) encuentra en esta norma vestigios del *versari*. Lo propio, cabe decir de FERRER SAMA (45), para quien la exigencia de licitud inicial representa "el más fiel tributo al injusto concepto del *versari in re illicita*, que una vez más triunfa en nuestra legislación penal". Como "uno de los defectos más perniciosos del Código" considera DÍAZ PALOS (46) la

(40) Sentencias de 5-12-57, 15-10-58, 13-11-59...

(41) No se excluye su posible extensión a otros delitos (s. 3-11-58).

(42) Sentencias de 17-3-47, 23-1-59...

(43) RODRÍGUEZ MUÑOZ: Obra citada.

(44) QUINTANO: Ob. cit.

(45) FERRER SAMA: *Comentarios...*, cit.

(46) DÍAZ PALO: "Culpabilidad jurídicopenal", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. VI. Barcelona. 1954.

referida exigencia, la cual —al decir de GIMBERNAT (47)— no puede ser explicada más que de una manera: "el Código penal quiere castigar la lesión fortuita causada por un comportamiento prohibido", ya que —añade— el adjetivo "lícito" está ahí para poner de manifiesto que el que ejecuta una acción prohibida responde de todas las consecuencias que de ella se deriven, incluso de las fortuitas". El propio PEREDA (48), finalmente, se ve obligado a reconocer la posibilidad de encontrar el *versari in re illicita* "agazapado —son sus palabras— en la octava de las eximentes".

Para terminar esta sucinta referencia al estado de la cuestión en nuestro Derecho, queda por aludir a los delitos "calificados por el resultado" (49).

En el sentir de la generalidad de la doctrina, estos delitos representan, ciertamente, "una concesión —en frase de QUINTANO— a la arcaica doctrina medieval del *versari in re illicita*". Hasta tal punto es así que —en opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA (50)— el *versari in re illicita*, en su significación estrictamente objetiva, se correspondería con los delitos calificados por el resultado. Y es que el objetivismo del *versari* impone la supervivencia del dolo inicial hasta el resultado producido.

Los delitos calificados por el resultado se tipifican —como es bien sabido —mediante la desconexión entre el resultado material y la voluntad inicial del sujeto al ejecutar la acción. Se trata de "infracciones —enseña QUINTANO (51)— en que el resultado cualifica, modificando por sí mismo el tipo originario, sin atención a la directa e inmediata culpabilidad".

La nota diferencial del delito calificado por el resultado se hace consistir —por JIMÉNEZ DE ASÚA (52)— en que la responsabilidad se establece "sin tener en cuenta el elemento subjetivo

(47) GIMBERNAT: Ob. cit.

(48) PEREDA: *El "versari..."*, cit.

(49) Otros autores los denominan "cualificados"; así, CUELLO, QUINTANO, GIMBERNAT... En realidad, los verbos "calificar" y "cualificar" tienen la misma raíz y el mismo significado.

(50) J. DE ASÚA: *Tratado...*, cit.

(51) QUINTANO: "Delito cualificado por el resultado", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. VI. Barcelona, 1954.

(52) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado...*, VI, cit.

de la previsión ni de la previsibilidad"; y —por GIMBERNAT (53)— en que "el comportamiento base tiene que haber causado adecuadamente el resultado cualificante", es decir, "que la relación entre comportamiento base y resultado ha de ser adecuada para ser típica".

Autores como SAUER (54) justifican la existencia de estos delitos "por fundamentos sociológicos y especialmente político-criminales". Pero es lo cierto que, al construirse el tipo legal en función del resultado sobrevenido, se hacen recaer sobre el agente consecuencias no voluntarias de su acción inicial ilícita, lo que, en principio, envuelve un claro reconocimiento de la doctrina del *versari in re illicita*. Otra cosa sería si, para sancionar el resultado no directamente querido, se exigiera al menos la imprevisión de lo previsible, pues en tal supuesto la responsabilidad de este resultado podría ser imputable a título de culpa y dejaría de ser meramente objetiva. Tal ha sido el alcance de la reforma introducida en el Código penal de la República Federal Alemana por la Ley de 4 de agosto de 1953, que, en los casos en que haya establecida una pena más grave para una especial consecuencia de la acción, sólo se impondrá aquélla al autor cuando haya ocasionado la consecuencia, al menos culposamente. De modo análogo, el Código penal suizo, en el párrafo segundo de su art. 122, establece que el resultado homicida en el delito de lesiones sólo es imputable cuando es susceptible de ser previsto por el autor de la lesión (55).

En tanto falten, finalmente, tales exigencias de culpa o imprevisión, la responsabilidad por el resultado será meramente objetiva; y los delitos así calificados han de ser inscritos, obligadamente, en el área de influencia del *versari in re illicita*.

(53) GIMBERNAT: Obra citada.

(54) SAUER: *Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmässige Darstellung*. Traducción española: *Derecho penal* (Parte general), 1956.

(55) El Código penal de 1932, en su art. 117, último párrafo, contenía una exigencia semejante, en forma de "imprudencia", respecto de la muerte de la embarazada a consecuencia del aborto. No prosperó, en cambio, la Base 7.ª, del art. 1.º del Proyecto de 4 de julio de 1961 para la revisión del Código penal, que exigía "al menos imprudencia respecto del mal producido", con referencia al art. 348, y párrafo último de los artículos 411 y 488.

II. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

En el Código de Justicia Militar no existe un precepto parejo al párrafo tercero del art. 1.º del Código penal común, ni se relaciona entre las circunstancias atenuantes la de "preterintencionalidad", prevista en el núm. 4 del art. 9.º de este último. Así pues, la investigación de posibles vestigios del *versari in re ilícita* en el Código castrense, ha de limitarse a estos tres temas concretos: 1.º El núm. 8 del art. 185 (que equivale al núm. 8 del artículo 8.º del Código penal). 2.º El párrafo segundo del art. 238 (que se corresponde con el párrafo primero del art. 50 del Código ordinario; y 3.º Los delitos calificados por el resultado.

A estos tres apartados, consiguientemente, vamos a circunscribir nuestra atención.

1.º El art. 185, núm. 8, del C. J. M. dice así: "Están exentos de responsabilidad criminal: 8. El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo" (56).

La norma transcrita, como su correspondiente del Código penal, denota una clara influencia de la doctrina del *versari*, señalada, según hemos visto anteriormente, por la generalidad de la doctrina. No otra cosa constituye la exigencia de licitud del acto inicial, con ocasión de cuya ejecución debidamente diligente, se causa un mal accidentalmente, sin culpa ni intención. De tal exigencia resulta que, en Derecho penal militar como en Derecho penal común, la ausencia de culpabilidad (a título de dolo o de culpa) no es bastante a excluir la responsabilidad criminal cuando el autor material del hecho ha incurrido previamente en ilicitud. Pongamos un ejemplo: Un soldado penetra en una dependencia militar contra la voluntad del Comandante Jefe de la misma (lo que constituye el delito de "allanamiento de dependencia militar",

(56) El Código penal del Ejército de 1884, en su artículo 8.º reprodujo esencialmente el mismo número del Código penal común. El Código de Justicia Militar de 1890, en su art. 172, se remitió, en cambio, a las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el Código ordinario. El actual, consiguientemente, viene a reproducir el criterio del de 1884.

previsto en el art. 408 del C. J. M.); una vez dentro de ella, al accionar el conmutador eléctrico para dar luz, ocasiona, por causas ajenas a su voluntad, un imprevisible cortocircuito que causa la muerte por electrocución al Jefe militar de la dependencia. En buenos principios culpabilistas, el soldado no sería responsable de la muerte del Comandante (la cual, objetivamente, integraría un delito de "insulto a superior"), en razón a que no tuvo voluntad de causarla, y sin voluntariedad no hay delito, ni común ni militar. Pero la circunstancia de que, al sobrevenir aquélla, el autor material de la misma no ejecutaba un acto lícito (antes al contrario: estaba cometiendo un acto delictivo), impide la estimación de la causa eximente de "caso fortuito", prevista en la norma legal que se examina; y, por tanto, con arreglo a esta norma, el individuo en cuestión no podría ser absuelto.

Esta conclusión, evidentemente, se ofrece como contraria al principio de culpabilidad y pugna con la idea de justicia. Por ello, y con referencia al Derecho común —en el que, como hemos visto, existe el mismo problema—, la doctrina científica ha dirigido notables esfuerzos a excluir la responsabilidad criminal en tales supuestos (57), conforme a la tesis de CARRARA (58) de que el caso fortuito no debe ser eliminado por el mero dato de la ilicitud del acto inicial.

Así, JIMÉNEZ DE ASÚA (59), confiriendo a la noción de caso fortuito un sentido más amplio que el contenido en el art. 8-8 del Código penal (y, por tanto, en el precepto que nos ocupa), se expresa en estos términos: "Si se da el caso fortuito partiendo de un acto ilícito (60) y el resultado ocasional, accidental, es incalculable e inevitable, no se puede imputar al agente, puesto que, a

(57) Otros autores, estimando jurídicamente imposible excluir, *de lege lata*, la responsabilidad criminal, se contentan con postular una más correcta calificación de la conducta punible. Así, QUINTANO, seguido por GIMBERNAT, estima que, cuando la ilicitud inicial impide la aplicación de esta eximente, debe estimarse la "imprudencia" y no la "preterintencionalidad" (lesiones, homicidio).

(58) CARRARA: "El caso fortuito" (en *Opuscoli...*).

(59) JIMÉNEZ DE ASÚA: Obra citada.

(60) Cuestión distinta es la relativa a la inadecuación de los términos "diligencia debida", tratándose de la comisión de un acto delictivo. En tal sentido, DEL ROSAL (*Principios de Derecho penal español*, Valladolid, 1945): GIMBERNAT (Obra citada), y otros.

tenor del art. 1.º, el delito y la falta han de ser voluntarios (dolosos) y, conforme al art. 565, han de ser imprudentes o negligentes" (61). De modo análogo CEREZO MIR (62) entiende que, en tales supuestos —es decir, cuando el acto inicial sea ilícito, pero no concorra culpa ni intención en la producción del eventual resultado— "cabría apreciar una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad" (63) en base a que determinadas nociones jurídicas —la falta de conciencia de la antijuricidad (respecto del dolo) y la no exigibilidad (64) del cuidado debido (respecto de la culpa)— impiden considerar el art. 8.º del Código penal como un catálogo cerrado de causas de exclusión de la responsabilidad. RODRÍGUEZ MOURULLO (65), finalmente, en esta misma línea de tratar de eliminar del *casus* la exigencia de licitud inicial, interpreta la locución "acto lícito" en el sentido de que, debiendo vincularse el resultado accidental a una conducta humana, la exigencia de licitud de esta conducta base se hace obligatoria si se quiere evitar una declaración de irresponsabilidad respecto del delito intentado.

Estas orientaciones doctrinales pueden ser trasladadas sin obstáculo al Código castrense, en razón a que en los delitos militares, la voluntariedad y la culpabilidad son, según se ha apuntado, tan esenciales como en los comunes. Superada la antigua polémica sobre la significación de la omisión de la voz "voluntarias" en el art. 181 del C. J. M. (66), es lo cierto que —como escribe

(61) Sabido es, por otra parte, que, para un gran sector de la doctrina (GROIZARD, VIADA, NAVARRO DE PALENCIA, MONTES, PEREDA, ANTÓN, QUINTANO), la culpa o imprudencia está incluida en el art. 1.º del Código.

(62) CEREZO MIR: Trabajo citado.

(63) En esta línea se encuentra la autorizada corriente doctrinal que ve en el *casus* el límite o frontera de la culpabilidad. Así, LUZÓN DOMINGO (*Derecho penal del Tribunal Supremo*. 1964) menciona el "caso fortuito" como causa de "exclusión del delito por ausencia de culpabilidad".

(64) Vid. SAINZ CANTERO: *Las causas de inculpabilidad en el Código penal español (el principio de no exigibilidad)*. 1963.

(65) RODRÍGUEZ MOURULLO: *Hacia una nueva interpretación de la existente de caso fortuito*. Madrid, 1963.

(66) RODRÍGUEZ MOURULLO (Trabajo citado y *La presunción legal de voluntariedad*. Madrid, 1965) identifica "voluntarias" con "culpables", y, partiendo de esta base, interpreta 8-8 en el sentido de que la acción no culpable es acción no voluntaria, y, por aplicación de 1-1, no sería consi-

RODRÍGUEZ DEVESA (67)— “el concepto jurídico positivo y analítico del delito, tanto en el Derecho común como en el militar, se ha de obtener *a contrario sensu* de los catálogos de eximentes que contienen, tanto el Código penal común como el Código de Justicia Militar. De estos catálogos —prosigue— se deduce que tanto el delito común como el delito militar responden a un idéntico concepto del delito: acción (en sentido amplio), típicamente antijurídica, culpable y punible”. Consiguientemente, los apuntados criterios exegéticos, aunque establecidos por la doctrina en función del Derecho penal común, son válidos para el Derecho penal militar. Y, de no tropezar con el obstáculo que representa la ley positiva, tales orientaciones podrían ciertamente conducir a resultados más satisfactorios que el que viene impuesto por la estricta aplicación de la norma legal de que se trata.

Consiguientemente, es lo cierto que cualquier posible solución jurídica que tienda a excluir la responsabilidad criminal en supuestos en que con ocasión de ejecutar un acto ilícito se cause un mal involuntariamente, ha de ser intentada al margen de la norma legal contenida en el núm. 8 del art. 185 del C. J. M., objeto de este comentario. Esta norma, por sí sola, al exigir para la aplicación de la exención la licitud del acto inicial, hace responsable al que realiza un acto ilícito, de todas las consecuencias de dicho acto; no solamente de las queridas, sino también de las no previstas y aun de las no previsibles. El *versari in re illicita*, aparece, en fin, en dicha norma, de modo indubitado.

2.º El párrafo segundo del art. 238 del C. J. M. dice así: “Si el delito cometido fuese distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena señalada al delito que la tenga menor en la extensión que el tribunal estime justa, teniendo en cuenta las mismas circunstancias que se señalan en el párrafo anterior” (68).

titutiva de delito. La omisión de la voz “voluntarias” en el art. 181 del Código de Justicia Militar (aunque irrelevante en otro sentido) dificultaría la extensión de esta doctrina al citado Código.

(67) R. DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*. Valladolid, 1961.

(68) Tales circunstancias son: los antecedentes del culpable, la trascendencia que haya tenido el delito, el daño producido o que hubiere po-

Las dificultades exegéticas que —según quedó anotado— se presentan en el Derecho penal común en orden a la delimitación de las respectivas esferas de aplicación del art. 50, párrafo primero, y de la circunstancia 4.ª del art. 9.º (ambos en relación con el párrafo tercero del art. 1.º), no existen en el Código de Justicia Militar vigente, por cuanto el mismo no incluye entre las circunstancias atenuantes —arts. 186, 188 y 189— la de "preterintencionalidad". Ello constituye una innovación del legislador actual, puesto que el Código anterior, aun conteniendo un precepto análogo al transcrito (69), no formulaba relación alguna de circunstancias atenuantes (70), con lo que, al ser posible la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad del Código común a los delitos militares, podía plantearse idéntica cuestión de límites.

En el Código de Justicia Militar vigente, reducido a la norma preinserta en el ordenamiento tripartito del Código penal común, hay que entender que dicha norma única es aplicable a todos los casos en que, actuando el sujeto con intención delictiva, existe desproporción o desacuerdo entre el propósito y el resultado. El precepto que nos ocupa regirá, por tanto, en los siguientes supuestos:

a) Cuando por *error in persona* o *aberratio ictus*, inesenciales uno y otro, la víctima del delito resulte ser una persona distinta de la que el autor se propuso ofender; pero sin que tal circunstancia cambie la índole del delito. Ejemplo: Un Oficial, tratando de agredir a otro Oficial no superior, se equivoca o yerra el golpe y lesiona a otro de la misma graduación (art. 354-1, C. J. M.).

b) Cuando, en el mismo supuesto anterior, el *error* o la *aberratio* revistan carácter esencial, de tal modo que hagan variar el tipo legal de delito. Ejemplo: Un Oficial, intentando agredir a otro Oficial no superior (art. 354-1, C. J. M.), se equivoca o yerra el golpe y maltrata a un superior (ar-

dido producir, el grado de perversidad del delincuente y la clase de pena que la ley señala al delito.

(69) Art. 213, párrafo segundo.

(70) El art. 173 dejaba la apreciación de atenuantes al prudente arbitrio de los tribunales.

título 321 C. J. M.) a un prisionero de guerra (71) (artículo 281-1, C. J. M.) o a un parlamentario (art. 281-1, C. J. M.).

c) Cuando el autor, con su acción ilícita, determine un resultado lesivo más grave que el propuesto, pero que, sin embargo, no haga variar la naturaleza del delito. Ejemplo: Un militar, pretendiendo lesionar gravemente a un superior en acto de servicio, le causa la muerte (art. 320 C. J. M.).

d) Cuando el autor, con su acción ilícita, determine un resultado lesivo más grave que el propuesto, y que, además, constituya, objetivamente, una figura delictiva distinta de la que integraría el resultado propuesto. Ejemplo: Un militar comete "actos de violencia" en una persona (conforme al artículo 280 C. J. M.) y resulta la muerte de ésta (en las circunstancias del art. 194-1, C. J. M.).

Con referencia a estos dos últimos supuestos, es interesante anotar la diferencia existente entre el Código de Justicia Militar y el Código penal común. Mientras en éste, la esencial separación que media entre matar y herir se traduce en la tipificación respectiva de tipos delictivos distintos —homicidio y lesiones—, en cambio en el Código de Justicia Militar el resultado de lesión o muerte puede ser inoperante en orden a la configuración del tipo, constituyendo a veces uno y otro resultado la misma figura delictiva (arts. 306-2 y 320-1). Ello es así porque, en los casos del Código castrense, no se trata de "delitos contra las personas" y no son la vida o la integridad física los bienes primariamente protegidos (72).

Sentado cuanto antecede, ¿puede afirmarse que el párrafo segundo del art. 238 del C. J. M. entraña la idea del *versari in re illicita*?

Ciertamente, al establecerse como sanción "la pena señalada

(71) Vid. DE NÓ LOUIS: *Insulto a superior y prisioneros de guerra*. Madrid, 1962.

(72) RODRIGUEZ DEVESA dice, a este respecto, que "aparte de que sea sujeto pasivo el Estado o sólo el Ejército, se trata siempre de un sujeto pasivo de segundo grado, porque en primer lugar está casi siempre una persona física (el superior ofendido o desobedecido, el inferior que padece el abuso de autoridad, el titular del derecho de la propiedad lesionado por el delito, etc.)" (trabajo citado).

al delito que la tenga menor", se condicionan y restringen las consecuencias de aquel principio en orden a la responsabilidad por el mero resultado. Al menos, no será posible condenar —verbigracia— al que sólo tuvo intención de maltratar como si hubiese estado animado de un propósito homicida. La pena del delito menor constituye así un límite a la responsabilidad objetiva, propia del *versari*.

Ahora bien: la norma de que se trata no representa un abandono total de la doctrina versarista ni es plenamente satisfactoria desde el punto de vista de la teoría del delito y del principio de culpabilidad. Esto queda patente con sólo contemplar los dos supuestos que pueden plantearse.

Si el delito que tiene señalada menor pena es el intentado y no cometido, sucede que se aplicará la pena correspondiente a aquél como si hubiese sido consumado, aun cuando falta el resultado material o jurídico que forma parte de la configuración del tipo penal. Y si el delito que tiene señalada pena menor es el cometido y no propuesto, se aplicará la pena correspondiente al mismo, aun faltando en su autor la voluntariedad que es requisito de esencia en toda infracción penal.

En el primer supuesto, si bien se sanciona un delito meramente propuesto con la pena correspondiente al mismo en grado de consumación, sin embargo se hace prevalecer la intención sobre el resultado, lo que viene a significar la primacía del principio de culpabilidad sobre la idea del *versari*. En el segundo, en cambio, el resultado prevalece sobre la intención del agente, y ello constituye, en definitiva, un evidente resabio de la doctrina del *versari in re illicita*, bien que mitigado por la circunstancia de que la penalidad que se establece es inferior a la que correspondería si el delito propuesto se hubiese cometido realmente (73).

Así, pues, no es exacto afirmar sin reservas que el precepto comentado se inspire plenamente en la doctrina del *versari in re illicita*. Para ello sería preciso que la norma estableciera en todo caso la pena correspondiente al resultado producido, aun cuando fuera más grave que la correspondiente al delito propuesto. Sin embargo, en cuanto permite la posibilidad de sancionar como in-

(73) Hablamos de la pena establecida por el precepto, no de la que puedan imponer los tribunales por la concurrencia de circunstancias.

tencional un resultado discorde con la voluntad del agente, el precepto incurre en una evidente concesión al *versari*, solamente mitigada porque redundaba en beneficio del reo.

Si fuese posible —finalmente— prescindir de todo imperativo de política criminal y atender exclusivamente a la estricta observancia del principio de culpabilidad, la norma legal que nos ocupa establecería como pena, en todo caso, la correspondiente al delito propuesto en grado de tentativa; y no establecería pena alguna para el resultado involuntariamente producido, en razón precisamente a la ausencia de voluntariedad (74). De este modo, la influencia del *versari in re illicita* habría quedado eliminada.

3.º Corresponde tratar, finalmente, de los delitos “calificados por el resultado”.

En el Código de Justicia Militar vigente, existen figuras delictivas en las que —sin expresa exigencia de culpa o imprevisión— la responsabilidad penal se genera por el resultado producido, el cual, aun causado adecuadamente, es ajeno a la voluntad inicial. Con arreglo a la doctrina general anteriormente expuesta, tales figuras constituyen otros tantos delitos “calificados por el resultado”.

A título de mera enunciación y sin ánimo de realizar una enumeración exhaustiva, relaciono a continuación algunos de los tipos más representativos de “delitos calificados por el resultado”, comprendidos en el Código de Justicia Militar.

Tal condición reviste el delito previsto en el párrafo primero del art. 279 (75), por cuanto la pena de reclusión a muerte se establece para el caso de que a consecuencia de la acción inicial —constitutiva de delito por sí sola (76)— “sobreviniera una de-

(74) La voluntariedad es la base de la culpabilidad y —como ha escrito R. DEvesa (trab. cit.)— “también en el Derecho penal militar rige el postulado de que no hay pena sin culpabilidad”.

(75) El precepto dice así: “Incurrirá en la pena de reclusión a muerte el militar o agregado a los Ejércitos que, sin motivo justificado o sin autorización competente, ejecute actos de manifiesta hostilidad contra una nación extranjera o viole tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, siempre que de sus resultados sobreviniera una declaración de guerra o se produjesen violencias o represalias”.

(76) Párrafo segundo del mismo artículo.

claración de guerra o se produjesen violencias o represalias". De tales actos, cuya realización es ajena a la voluntad del sujeto activo del delito, se hace responsable a éste en virtud de un mero proceso objetivo de causalidad material (77).

El párrafo segundo del art. 282 (78) integra otro de estos delitos. El dolo característico de este delito no es otro que el ánimo de lucro, representado por la expresión legal "para apropiárselos". La intención del agente no va más allá. Así pues, las lesiones y la agravación constituyen un efecto no querido del acto de despojo; es decir, un resultado independiente de la voluntad inicial.

Se encuentra también este tipo de delito en el núm. 1.º del artículo 361 (79). Efectivamente, en esta figura delictiva el acto ilícito inicial del centinela consiste en no cumplir su consigna o en dejarse relevar por otro que no sea su cabo o quien autorizadamente haga sus veces. Este solo acto es punible. Pero si de sus resultas se siguiere algún daño de consideración al servicio, es decir, si sobreviniera un resultado lesivo no querido por el centinela, se configura un nuevo delito, calificado por el resultado.

Son también, finalmente, delitos calificados por el resultado los previstos en los dos números del art. 362 (80) y en los dos

(77) Incluso, en este caso, más que de "causa" y "efecto", debe hablarse —con lenguaje orteguiano— de "estímulo" y "reacción".

(78) Art. 282: "El que despoje de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos, sufrirá la pena de prisión. La pena podrá elevarse hasta la de muerte, previa degradación, en su caso, si al despojar al herido se le causaren otras lesiones o se agravase notablemente su estado".

(79) Art. 361-1: "El centinela que no cumpliese su consigna o se dejare relevar por otro que no sea su Cabo o quien autorizadamente haga sus veces, será castigado: con la pena de muerte, cuando el delito tenga lugar frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, si de sus resultas se siguiere algún daño de consideración al servicio, y no siguiéndose este daño, con la pena de reclusión militar".

(80) Art. 362: "El serviola, tope o centinela que a bordo se hallare dormido o ebrio, incurrirá en la pena: 1.º De reclusión militar a muerte, si por esta causa se perdieren el buque o aeronave en que tenga su destino u otro buque o aeronave, o el hecho se cometiere frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos. 2.º De seis a doce años de prisión militar, si por aquella causa, sin ocasionarse pérdida de buque o aeronave, se causaren averías graves o el hecho se cometiere en operaciones o territorio declarado en estado de guerra".

números del art. 399 (81). Respecto del primer artículo, el mero hecho de hallarse “dormido o ebrio” (82) el centinela, tope o ser viola constituye un acto ilícito, concretamente la falta grave del número 2.º del art. 439 En cuanto al segundo artículo, el hecho de que el Oficial de Guardia se duerma, se embriague o se distraiga integra la falta grave del núm. 2.º del art. 438. Mas, en uno y otro precepto, si “por esta causa” (el sueño y la embriaguez en el art. 362; el sueño, la embriaguez y la distracción en el art. 399) se perdiese el buque o a aeronave o se ocasionaren averías graves en uno u otra, entonces cada uno de estos resultados objetivos, no queridos por el sujeto, pero adecuadamente encadenados a su acto inicial, se configura como un delito distinto, que se imputa al propio sujeto.

En todos los supuestos que se dejan relacionados, es obligado admitir la “posibilidad objetiva de prever”, es decir, la posibilidad de que sean previstos como probables (83) los resultados o consecuencias que vienen a configurar el delito más grave: declaración de guerra, violencias o represalias (art. 279); lesión o agravación del herido (art. 282); daños para el servicio (art. 361); pérdida o averías del buque o aeronave (arts. 362 y 399).

Pero una cosa es que exista la “posibilidad objetiva de prever”

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

(82) “De censurar sin pallativos —escribe QUINTANO (*La culpa en el Derecho penal militar*, 1957)— es la equivalencia disyuntiva que en este artículo se hace el dormido o ebrio, como si ambas situaciones fuesen jurídicamente asimilables”. Sin embargo, la incriminación de la “dormición” —“delito de sueño”, le llama LÓPEZ LASTRA (*La teoría jurídica del delito en la dogmática penal militar*, 1963)— se basa, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1966, en que, si bien el hecho de dormirse puede ser un acto involuntario, a ese momento de inconsciencia siempre precede un estado de somnolencia, del que se da cuenta el agente”.

(83) La previsión como “posible” no engendra culpe penal.

y otra muy distinta que la ley penal requiera, para tipificar y sancionar el delito, la "previsibilidad subjetiva del resultado". Y es lo cierto que, en ninguno de los tipos delictivos relacionados, figura la exigencia legal de que el autor, estando obligado a prever (es decir, existiendo previsibilidad), haya dejado de prever (es decir, haya incurrido en imprevisión). En otros términos: ninguno de los indicados preceptos legales --como igualmente otros que podrían citarse-- requiere, para la punibilidad del resultado más grave eventualmente sobrevenido, la infracción de un deber de previsión o diligencia por parte del sujeto activo del delito. Antes al contrario: la responsabilidad de tales resultados se vincula al autor del acto ilícito inicial, no en base a imprevisión o culpa de éste, sino en base a un mero proceso de causalidad adecuada (84). En ello reside la verdadera esencia —tan censurada por MEZGER (85)— de los delitos calificados por el resultado: en la no exigencia legal de la extensión de la culpabilidad inicial al resultado sobrevenido; sin perjuicio de que entre dicho resultado y el acto inicial culpable medie una relación típica.

La presencia del *versari in re illicita* en los tipos delictivos señalados y, en general, en los delitos calificados por el resultado del Código de Justicia Militar, es, por tanto, indubitada.

Ahora bien: ¿es particularmente censurable esta consagración del *versari* en el Código castrense a través de los delitos calificados por el resultado?

A mi modo de ver, la contestación a esta pregunta ha de ser negativa. Por dos razones: una, que se trata de una responsabilidad criminal positivamente establecida *ex voluntate legis*, y otra, que obedece a supremos intereses relacionados con la Defensa Nacional.

Ya STÁREZ hubo de reconocer que, en determinados casos, la ley positiva puede sancionar un resultado delictivo —concretamente, homicida— por la sola malicia de la acción de que se sigue, aunque no haya en el sujeto ni siquiera voluntad indirecta

(84) "El pensamiento de la adecuación —escribe R. DEvesa— es el que nos ha de servir para trazar los límites entre la causación típica y el proceso causal irrelevante" (*Derecho penal*, Parte especial. I. Valladolid, 1964).

(85) MEZGER: *Tratado de Derecho penal*. Trad. esp., 1935.

de tal resultado. En estos supuestos concretos, definidos por el Derecho positivo, SUÁREZ admitió de modo expreso la procedencia del *versari in re illicita*.

En seguimiento de SUÁREZ, y con referencia a las normas legales inspiradas en los principios versaristas, Julián PEREDA (86) nos dice que, efectivamente, la ley, en casos concretos, puede establecer responsabilidades criminales puramente objetivas en atención a peligros comunes, razones de defensa social, etc.; y cuando lo hace —añade— no hay que buscar en otra parte que en el imperativo de la ley, el fundamento de la punibilidad.

Igualmente QUINTANO (87) reconoce que el transmutar lo fortuito en culpable pueda ser una operación *ex lege*; lo que no admite es que pueda ser una operación *ex iudice*. Los delitos calificados por el resultado —concluye— constituyen un exponente de la consagración del *versari in re illicita* en nuestro Derecho, “por ministerio de la ley positiva”.

Quiere decirse, en definitiva, que, en los delitos calificados por el resultado, la responsabilidad penal y la pena —aunque generadas conforme a los principios del *versari in re illicita*— vienen establecidas por la ley de modo expreso.

Consiguientemente, si bien hay que admitir que los delitos calificados por el resultado del Código de Justicia Militar constituyen manifestaciones concretas del *versari in re illicita*, sin embargo no es menos cierto que en tales tipos delictivos la responsabilidad criminal no se determina mediante la aplicación judicial de tal principio, sino que viene impuesta por imperativo de la ley positiva.

La ley positiva —el Código de Justicia Militar, en este caso— ha configurado como delito determinados resultados objetivos, en aras de intereses superiores. Tales intereses superiores no son otros que aquellos que las Fuerzas Armadas, por designio constitucional (88), han de garantizar, a saber: la unidad e independencia de la patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional.

(86) J. PEREDA: *El “versari...”*, cit.

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

(88) Ley Orgánica del Estado, art. 37