

NOTAS SOBRE LOS DELITOS DE TERRORISMO

Gonzalo GUTIERREZ LANZA

Comandante Auditor

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: Delimitación del tema, plan y bibliografía.— PRIMERA PARTE: Generalidades.—SEGUNDA PARTE: Evolución legislativa.—I. La Ley de 10 de julio de 1894.—II. La Ley de 2 de septiembre de 1896.—III. Restauración de la Ley de 1894.—IV. El código penal de 1928.—V. La legislación republicana: la Ley de 11 de octubre de 1934, la Reforma de 1935.—VI. La Ley de seguridad del Estado.—VII. La Ley de 2 de marzo de 1943.—VIII. El Código Penal de 1944.—TERCERA PARTE: El terrorismo en el derecho militar.—I. La legislación penal especial.—II. El terrorismo en la legislación especial.—III. La reforma de 1971.—IV. Examen de las figuras de terrorismo en el Código de Justicia Militar. 1. El sujeto. A) «Delicta propia» y grupo u organización. B) Delito unipersonal. 2. La acción. 3. El resultado. 4. La antijuricidad. 5. La culpabilidad. 6. La punibilidad.

El tema elegido como objeto de este trabajo es el propio de los llamados «actos o delitos de terrorismo», o simplemente «terrorismo», en la legislación patria; es decir, el contenido de la Sección 2.ª, Capítulo XII, Título II, Libro II, del Código Penal (arts. 260 a 264), y del Capítulo I bis, Título IX, Tratado Segundo del Código de Justicia Militar (arts. 294 bis, a, b, c, d y e). Queda, por tanto, intencionalmente excluido del tema, el estudio de muy varias formas de la actividad terrorista —importantes en el momento actual, por su gravedad y frecuencia—, propias de los delitos de piratería (arts. 138 y 139 del C. P. y 9 a 12 de la Ley Penal de la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1955), de los de apoderamiento —secuestro— de aeronaves (arts. 39, 40 y 59, párrafo 2.º de la Ley Penal y Procesal de la Navegación aérea, de 24 de diciembre de 1964), de los de genocidio (art. 137 bis del Código Penal), de algunas figuras que el Código Marcial (art. 279 y sigs.), califica como delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo, y, en general, de las variadas tipologías a que la acción terrorista —múltiple y pluriforme— puede adaptarse.

Delimitado pues, el contenido temático, resulta obligado, y conveniente, anticipar el orden en que se tratará de desarrollar. Se hará distribuyendo su exposición en tres partes, a saber: una primera sobre cuestiones generales, de carácter ineludible; otra, dedicada al estudio de los delitos de terrorismo en el Código Penal, como desenlace actual de la evolución legislativa sobre tal materia; finalmente, una tercera parte, dedicada a la regulación del terrorismo en la legislación penal militar, que, no sólo por su novedad o por razón de especialidad, sino por su propia estructuración, se estima merece consideración separada. Esta sistemática parece la más conveniente desde la perspectiva que la reforma legal de 15 de noviembre de 1971 ofrece sobre una materia abigarrada por su contenido actual y por su historia. Nunca la sistemática de un trabajo viene impuesta preceptivamente a su autor; pero la mejor o peor fortuna del mismo —que, en definitiva, es la claridad de su exposición, procurando la simplificación de lo complejo, son detrimento de la integridad: tarea siempre difícil, como lo es toda conciliación—, depende en buena parte del método que se elija; aunque también toda elección lleva en sí la contingencia del acierto o desacierto, y ello obliga, aunque sólo sea para tratar de justificar un posible resultado adverso, a explicar, en esta ocasión, el porqué de aquella.

La totalidad de las obras y trabajos —que luego se citarán como Bibliografía—, al afrontar el estudio de estos delitos, lo hacen con método inicialmente exegético, mediante el análisis separado de cada precepto legal, aunque luego, dentro siempre de cada figura, se utilice el instrumental que ofrece la dogmática técnico-jurídica. La heterogeneidad de las tipologías, y sobre todo la disparidad estructural, aconsejan ese método, y hasta quizás hagan totalmente imposible otro distinto. Por otra parte, en una materia donde las modificaciones, retoques o complementos legislativos —impuestos unas veces por la imprevisión, y otras por la evolución criminológica— han venido sucediéndose con frecuencia, y muy próximas entre sí, las formulaciones actuales no pueden desvincularse de las precedentes, cuyos ingredientes esenciales aún permanecen en los tipos, y precisan, junto con aquellos métodos, el estudio de las mutaciones que explican los motivos del legislador. Por ello, en este trabajo, se adopta tal sistema en orden al estudio del terrorismo dentro del Código Penal, donde, la Ley Núm. 44 de 1971 —aunque haya introducido alguna figura foránea, como

lo es el actual art. 263—, viene a ser no más que la última o más reciente concreción de una regulación penal que tuvo su inicio en la Ley de Explosivos de 10 de julio de 1894, y llegó hasta hoy, a veces decantándose, otras recibiendo, como aluvión, datos o materiales nuevos. Por contra, la Ley Núm. 42 de 1971, que adiciona al Código de Justicia Militar un nuevo Capítulo, con cinco artículos —bisados aquel y estos, según ya se dijo—, inserta en dicho Código una materia que no sólo le era extraña, exterior, sino que, además, se formula con rasgos y características enteramente nuevos. No es que se acepte dócilmente la tesis expuesta en la Circular de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 10 de junio de 1972, sobre una total desconexión entre la regulación nueva y la precedente —desde la Ley de Seguridad del Estado hasta el Decreto de 21 de septiembre de 1960—, pues, por ejemplo, al delito de estragos regulado en el vigente art. 294 bis, a), siempre se hallará una relación de parentesco en la legislación anterior, común y especial, ni que tampoco se predique esa absoluta desvinculación entre los dos Textos actuales, interdependientes y en innegable relación de subsidiariedad; pero, lo que no puede dejar de advertirse, por muy somero que sea el examen que de la Ley Núm. 42 se haga, es que la introducción, con carácter general en todas las figuras contenidas en ella, del requisito «grupo u organización», como condicionante tipológica trascendente, supone un planteamiento temático original, a modo de una producción legislativa «ex novo». Esta novedad, donde junto a diversificación de la acción típica en cada uno de los tres artículos, permanecen, sin embargo, en los tres, como denominadores comunes, requisitos subjetivos y objetivos idénticos o análogos, la identidad de las penas contenidas en los tres artículos, y la similitud estructural de los mismos, incita a un estudio unitario de la materia, desde la perspectiva de cada uno de los caracteres generales del delito, con método de la dogmática técnico-jurídica, sin perjuicio de las inevitables precisiones particulares que hayan de hacerse en cada caso, las cuales ya «a priori» se vislumbran —en cuanto a la acción, desde luego, y también respecto de otros datos de los tipos—. El acierto o desacierto en la elección de tal sistema expositivo no puede predecirse en estos momentos iniciales; pero sí puede asegurarse, desde ahora, que, en todo caso, se evitarán repeticiones o remisiones a otros lugares del trabajo, simplificando éste en la medida de los elementos comunes a las tres especies delictivas.

Por último, y también por razones simplificadoras, parece conveniente relacionar en esta Introducción, la Bibliografía utilizada; aunque limitándola a la de más frecuente uso, ya de carácter general, ya específica del tema, y dejando para su lugar oportuno las demás ocasionales citas. Se ha usado de las siguientes obras de carácter general: Luis JIMÉNEZ DE ASUA, «Tratado de Derecho Penal», Buenos Aires, principalmente sus Tomos II (1950) y III (1951); José Antón ONECA, «Derecho Penal», dos volúmenes, Madrid, 1949; Eugenio CUELLO CALON, «Derecho Penal», dos volúmenes; Tomo I Parte General, 11.ª edición, Barcelona, 1953; Tomo II, Parte Especial, 8.ª edición, Barcelona, 1952; Federico PUIG PEÑA, «Derecho Penal», cuatro volúmenes, 4.ª edición, Madrid, 1955; Juan DEL ROSAL, «Derecho Penal Español» (Lecciones), 1.ª edición, Tomo II, Madrid, 1960; José María RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», Parte General, 3.ª edición, Madrid, 1973; Parte Especial, I, Valladolid, 1964; II, Valladolid, 1965; Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, «Comentarios al Código Penal», dos volúmenes, Madrid, 1946; el mismo, «Curso de Derecho Penal», dos volúmenes, Madrid, 1963; el mismo, «Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal», especialmente el Tomo IV (Infracciones contra la comunidad social), Madrid, 1967; Antonio FERRER SAMA, «Comentarios al Código Penal», especialmente el Tomo III (arts. 120 a 338), Murcia, 1948; Juan CÓRDOBA RODA y Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentarios al Código Penal», Tomos I y II (únicos publicados, que comprenden los arts. 1.º a 119), Barcelona, 1972.—Sorbe Delitos políticos y Terrorismo, en general, además de las anteriores, en los lugares correspondientes de sus Partes Especiales: Mariano RUIZ FUNES, «Evolución del Delito Político», México, 1945; Luis JIMÉNEZ DE ASUA, «Terrorismo» (Informe al Gobierno de la República Española), El Criminalista, IX (1950); Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, «Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal», Madrid, 1955; Pablo LUCAS VERDÚ, «Terrorismo», en Nueva Enciclopedia Jurídica, II, Madrid, 1950; Domingo TERUEL CABALLERO, «La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVI, Fascículo I, enero-abril, 1962; el mismo, «Teoría general de las infracciones contra el Estado», Anuario, Tomo XVIII, Fascículo II, mayo-agosto, 1965; Raphael LEMKIN, «Terrorisme» (Rapport au VIème Conférence International pour l'Unification du Droit Penal, de Copenhague, 31 Août, septembre, 1965), «Actes», París, 1938.

Para el estudio de la reforma derivada de las Leyes de 15 de noviembre de 1971, no se pudo disponer, como trabajos con solvencia científica, sino de los dos siguientes: José María RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento a la 4.^a edición de su Derecho Penal, Madrid, 1972, más tarde incorporado sin alteración —al menos la parte referente al terrorismo— a la 5.^a edición de su Parte Especial, Madrid, 1973; y Juan GÓMEZ CALERO, «Los delitos de "terrorismo" en el Código de Justicia Militar», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo LXIV (Segunda época), Núm. 4, abril, 1972. Además, la ya citada Circular de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, inserta en la Memoria correspondiente al Año Judicial 1971-1972.

PRIMERA PARTE

GENERALIDADES

Cuando ya los juristas habían pregonado la transformación de la delincuencia atávica y violenta en fraudulenta, el paso «del crimen feroz al crimen interesado»¹, he aquí que la violencia se enfrenta de nuevo al Derecho punitivo, y, además, lo hace con caracteres inusitados, en cantidad y calidad. La Segunda Guerra Mundial, que desbordó todas las previsiones de horror y devastación, fue, desde su mismo desarrollo y antecedentes, la causa desencadenante del estallido gigantesco. La subsistencia del terror atómico y la realidad del termo-nuclear, pendientes sobre una política internacional, de tensiones y distensiones psicológicas, que ha dado en llamarse guerra fría; la disolución, en planos individuales y colectivo, de concepciones políticas, filosóficas, morales y culturales, que hasta entonces se habían tenido como estables; la toma de conciencia de clase a nivel de grupos sociales, y, a nivel de nacionalidades, la toma de conciencia independentista y descolonizadora; la exasperación de esos mismos nacionalismos —y también de las ideologías—, con fines expansionistas o dominadores, ocasionando conflictos bélicos, ya no fríos, aunque, por fortuna, todavía más o menos convencionales, son aún en llaga viva, las secuelas terribles de aquella conflagración². Pero, además, aquella guerra exigió, para atender a sus necesidades, un desarrollo téc-

¹ Enrique Joly, citado por J. de ASUA, «Tratado», III, pág. 237. En la página siguiente, un resumen de los trabajos del profesor de Milán, Alfredo Nicéforo, sobre la transformación del delito, el cual ha tratado con extensión y profundidad el tema. Sobre la aplicación a la delincuencia política, hecha por Enrique Ferri, de la distinción entre delincuencia atávica y evolutiva —de Scipión Sighele y Guillermo Ferrero—, vide el mismo «Tratado» III, págs. 159 y sigs.; o, directamente, FERRI, «Sociología criminal», Góngora, Madrid, 1908.

² Sobre estas materias puede consultarse: Leandro RUBIO GARCÍA, «La Guerra nuclear: Moral, Derecho y Política en la época atómica», Revista Española de Derecho Militar, núm. 20. (En la misma Revista: Manuel FRAGA IRIBARNE: «La guerra revolucionaria», núm. 5; RUBIO

nico industrial que, por su magnitud, desembocó en una sociedad universal consumista, portadora, en sus propias contradicciones internas, de gérmenes de violencia³, y por su perfección, puso en manos del crimen instrumentos de ejecución precisos, y vastos por sus efectos, al par que medios óptimos para su impunidad. Esta última consecuencia, de trascendental influencia en orden al tema, permite a RODRÍGUEZ DEVESA afirmar que «el terrorismo, favorecido por los progresos de las técnicas de la destrucción, ha adquirido caracteres crónicos en la sociedad contemporánea»⁴, que «el problema no ha cesado de agudizarse», y que «el tema del terrorismo se ha ensanchado más allá de los casos clásicos de ciertos crímenes que revelan por su modo de ejecución una crueldad excepcional y constituyen un peligro colectivo, porque, con frecuencia, no existe ninguna relación entre el criminal y sus víctimas»⁵.

GARCÍA, «¿Superación del problema de la objeción de conciencia?», números 6 y 7; el mismo, «La guerra revolucionaria: sus reglas políticas y sus normas morales», núm. 22, y «Violencia y control social en la vida internacional», núm. 24; Enrique JIMÉNEZ ASENJO: «Crimen y castigo de la devastación atómica, núm. 9).—También en «La Guerra Moderna», publicación de la Cátedra «General Palafox» de Cultura Militar, Universidad de Zaragoza, de la que sólo conozco cinco volúmenes (años 1955, 1956 y 1957), ignorando si se han publicado más, que reúnen conferencias en ella pronunciadas, de las que, en referencia a esta materia, merece destacar: Luis GARCÍA ARIAS, «Sobre la licitud de la guerra moderna» (Vol. I); el mismo, «Sobre la legalidad de la guerra moderna» (Vol. II); el mismo, «El concepto de guerra y la denominada guerra fría» (Vol. III); el mismo, «La guerra liberadora y su licitud» (Vol. IV); el mismo, «La guerra psicológica» (Vol. V); Manuel FRAGA IRIBARNE: «Guerra y Política en el siglo XX» (Vol. II); Camilo BARCIA TRELLES, «La Guerra Fría» (Vol. II); Juan ECHANDI URIZ, «Apuntes sobre la guerra atómica» (Vol. III); Francisco SINTES OBRADOR, «La guerra, hoy y mañana» (Vol. III); José GUALLART, «La guerra, crimen» (Vol. III); José María OTERO NAVASCUÉS, «Los efectos de las bombas termonucleares» (Vol. IV); José de YANGUAS MESSÍA, «La guerra total» (Vol. IV). Sobre guerra revolucionaria: Edward HALLETT CARR, «Guerra y Revolución», Revista de Estudios Jurídicos (separata), Madrid, 1943; Crane BRINTON, «Anatomía de la Revolución», Aguilar, Madrid, 1958. Sobre la Guerra de la Independencia», como modelo originario de la guerra de guerrillas, vide: Miguel ARTOLA GALLEGO (en «Historia de España», de Menéndez Pidal), Tomo XXVI, «La España de Fernando VII», Espasa-Calpe, Madrid, 1968); el mismo, «La burguesía revolucionaria» (Tomo V de Historia de España Alfaguera), Alianza Editorial, Madrid, 1974; Raymond CARR, «España 1808-1939», Ariel, Barcelona, 1969; E. CHRISTIANSEN, «Los orígenes del poder militar en España», Aguilar, Madrid, 1974.

¹ Herbert MARCUSE, «El hombre unidimensional», Seix Barral, Barcelona, 1972; el mismo, «La agresividad en la sociedad industrial avanzada», Alianza Editorial, Madrid, 1971.

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 234.

⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento...», pág. 70.

Forzoso y triste es reconocer la realidad de esta situación endémica, de que da testimonio la prensa de cualquier día, y en cualquier página; pero quizás sea aún más trágico y descorazonador comprobar la falta de actitudes unitarias frente al mal, así pragmáticas como especulativas. Se sobrepriman las causas y los fines, enervando y condicionando la apriorística formal condena; la cual incluso no es siempre unánime. Nada, ni aún las concepciones culturales, es pacífico en la materia; todo es polémico y sujeto a discusión. El examen detenido de tales aspectos desbordaría los ya anunciados límites de este trabajo, que sólo pretende ser jurídico-formal, no criminológico, y, mucho menos, político. Pero si se quiere ir en busca de un concepto del terrorismo y de sus caracteres, forzoso será examinar, aunque sea muy someramente, algunas de tales cuestiones.

Si analizamos el fenómeno desde el punto de vista de sus fines, observaremos su presencia desde el momento mismo del nacimiento del Estado y del Derecho. Antes, siglos antes de que el terrorismo se adaptara a la lucha política, la Historia de la Humanidad, desde sus inicios y con prolongación hasta el presente, nos da cuenta de la existencia de grupos u organizaciones, marginados o no —cuadrillas, mafias, modernamente Sindicatos del Crimen— que usan del terror para la consecución de fines egoístas⁶. Por ello, cuando algún autor limita el terrorismo al anarquista, comunista o político⁷, hace una clasificación que es, por un lado superfluamente descriptiva, y por otro lado incompleta. Si de los fines pasamos a examinar los medios de acción, observaremos una notable ampliación de la plataforma fáctica: junto a la tradicional modelidad del terrorismo «a la bomba» —sublimado en los medios anarquistas de finales de la pasada centuria⁸— se han generalizado los

⁶ Un examen de como están formas primitivas, arcaicas o «prepolíticas» de delincuencia, se adaptan o interfieren en la civilización de los siglos XIX y XX, y en la sociedad industrial, puede verse en Eric J. HOBBSBAWM, «Rebeldes primitivos», Ariel, Barcelona, 1974.

⁷ CUELLO CALÓN, Parte General, pág. 298. ASUA (Tratado, II, pág. 969), admite que, al lado del terrorismo político, anarquista o social, pueda, por el motivo, configurarse también como crimen de derecho común.

⁸ Tras la ejecución de Ravachol, se popularizó en París un estribillo, citado por James JOLL, «Los Anarquistas», Grijalbo, Barcelona, 1972:

«Dansons la Ravachole!
Vive le son, vive le son,
Dansons la Ravachole,
vive le son
de l'explosión.»

atentados a las personas —ya no concretados al magnicidio—, los atentados a la propiedad —tampoco limitados al incendio o al estrago— y los secuestros —de personas, embarcaciones y aeronaves—. «El Coloquio internacional sobre la "Profilaxis del terrorismo" (celebrado en París del 17 al 19 de diciembre de 1971) —dice RODRÍGUEZ DEVESA⁹— se abrió bajo el signo de esta amplia concepción» (con inclusión del genocidio); y añade —haciendo suya la conclusión del Rapport STANCIU— «que esa pluralidad de formas pone de manifiesto que el terrorismo no es un crimen, ni siquiera un delito, sino un modo de cometer los crímenes», lo que ya se había advertido antes por la doctrina (ASUA, LEMKIN, ROUX, ALOISI, CIVANOVICH, GUNZBURG, SALDAÑA), y llevado como conclusión a las varias Conferencias para la Unificación del Derecho Penal (en especial, a partir de la de Bruselas —1930—, y por obra del Rapport de Niko GUNZBURG), la terminología «actos de terrorismo», que parece hizo fortuna¹⁰. Finalmente, desde la perspectiva de las causas, se cuestiona, apasionadamente, el origen de la violencia. La psicología y la sociología —de Freud a Rof Carballo¹¹— buscan

Según la misma cita, el verbo «ravacholiser», significaba «hacer volar por los aires».

⁹ «Suplemento...», pág. 71.

¹⁰ Para un examen detenido del terrorismo como delito internacional, vide JIMÉNEZ DE ASUA, Tratado, II, págs. 969 y sigs.; QUINTANO RIPOLLÉS, «Tratado de Derecho Penal Internacional...», I, págs. 299 y siguientes. Razones, más políticas que jurídicas, han hecho estériles los repetidos intentos de regulación internacional, a través de Congresos y Conferencias. Sumamente interesante, pues comportaba, además de la regulación sustantiva, la creación de un Tribunal Penal Internacional, fue el Convenio que promovió la Sociedad de las Naciones, para soslayar el conflicto bélico que el asesinato del Zar Alejandro de Yugoslavia —y del Ministro francés Barthou— amenazaba desencadenar, y que, concluso en 1938, y firmado por muchos países quedó sin ratificar, disuelta la Sociedad promotora. Acuerdos regionales —como el de la O.E.A. de 1971— han sido calificados (Ver RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento...»), como de muy discutible eficacia. Baldío resultó también el planteamiento del tema en la XXVII Asamblea General de las Naciones Unidas, que se abrió el 19 de septiembre de 1972, por las irreducibles posiciones de los grupos. Ultimamente, en el Consejo de Europa (Estrasburgo, 25-IX-74), se obtuvo una condena del terrorismo, cuyo éxito, en buena parte, debe anotarse a Giuseppe Bettiol, el profesor de Padua. Desde otro punto de vista, recientemente viene hablándose de una «Internacional del Terrorismo», y no sólo organizada y alentada por ideologías, sino incitada y alimentada por poderosos intereses económicos.

¹¹ Vide: Sigmund FREUD, «El malestar de la cultura», Afrodisio Aguado, Madrid, 1966; Herbert MARCUSE, «Eros y civilización», Seix Barral, Barcelona, 1969; Carlos CASTILLA DEL PINO, «Psicoanálisis y marxismo», Alianza Editorial, Madrid, 1971; el mismo, «Dialéctica de la persona, dialéctica de la situación», Ediciones Península, Barcelona, 1968; Anthony STORR, «La agresividad humana», Alianza Editorial, Madrid,

el epicentro de la agresividad humana, a nivel individual y comunitario. A la violencia física, condenada en los Códigos, se opone, como condicionantes que empañan una nítida condena también moral, la constatación de violencias estructurales, políticas, jurídicas, económicas y culturales. En el transfondo está el concepto marxiano de superestructura, que, en fórmula de Max WEBER, llega a caracterizar al Estado como «el detentador del monopolio de la violencia». Concretando aún más, y generalizando, partidistamente, situaciones aún recientes de autoritarismo exacerbado, se contraponen, al terrorismo revolucionario, el terrorismo como método de gobierno, el terrorismo político gubernamental, el terrorismo de Estado; e incluso se señala a éste como el fundamental obstáculo para el logro de un acuerdo unánime en orden a su represión internacional¹².

Todas las anteriores cuestiones —meramente enunciadas—, y aún otras que hacen al tema sumamente denso y polémico, no pueden dejar de tenerse en cuenta cuando se trata de estudiar el terrorismo, incluso cuando el estudio se limita a su concepto jurídico-formal; pero, en este último concreto marco, adquieren, además, relevancia decisiva, tanto la función conceptual del lenguaje, como la voluntad legislativa del Estado. Aquí también, según su propia función, el Derecho no ha hecho sino acoger, y traducir a términos jurídicos, un concepto y un término elaborados en el seno social. Así, se ha llegado a una caracterización del terrorismo como terrorismo político¹³, netamente diferenciado del que, por responder a otros fines, pudiera calificarse de terrorismo común; y como terrorismo político revolucionario, frente al que puede tener su origen en el abuso del poder gubernamental, para el que se reserva —y ello no es novedad, pues procede ya de los tiempos del Comité jacobino de Salud Pública— el término de Terror, que, en modo alguno merece justificación, ni siquiera condescendiente tolerancia, pero que tampoco puede confundirse con aquél, pues responde a esquemas penales totalmente distintos, y requiere, por tanto, modos específicos de represión.

1970; Juan ROF CARBALLO, «Violencia y ternura», Prensa Española, Madrid, 1967.

¹² Vide RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento...», págs. 70 y 71. Sumamente gráficas las citas, que allí hace de SATNCIU (inadmisibilidad de un «terrorismo bueno» y un «terrorismo malo») y de VOUIN (por que el fin no justifica los medios, la condena del terrorismo contra el Estado no puede implicar la aprobación del terror).

¹³ Desde WACIORSKI, «Le terrorisme politique», París, 1939 (obra no consultada directamente, pero de cita común: ASUA, RODRÍGUEZ DEVESA, etc.).

La esencia del terrorismo consiste en el desasosiego, desazón o intranquilidad pública, no como fin en sí, sino como etapa o estadio de otros fines ulteriores. El delito es el medio —proteico y despiadado— de producir aquella. El fin último, es la conquista del poder; y, por tanto, el terrorismo debe inscribirse en el marco de los delitos políticos.

Esta última afirmación puede resultar polémica; y por ello precisa justificarse. No quiere decirse que el delito, medio de la acción terrorista, no sea, por regla general, un acto feroz e injustificable, un acto malo en sí, visceralmente repugnante a los sentimientos de humanidad más elementales. Pero, así como entre los delitos comunes existen figuras de creación política —pues no hay que confundir el delito político con el de creación política, también llamado artificial—, igual, entre los delitos políticos, se dan formas de delitos naturales. Una correcta conceptualización del delito político exige desterrar para siempre el maniqueísmo liberal y el autoritario. El primero, pudibundo y farisaico, se obstina en reducir el delito político a la expresión ideológica, es decir, a lo que, en estricto liberalismo, no es o no debe ser delito; negando aquel carácter a los crueles actos de terrorismo, a los más merecedores de afectada indulgencia. El segundo, mendigando reconocimientos democráticos, acude a la lucha dialéctica en el terreno y con las armas elegidas por su adversario, sin afirmarse en posiciones propias, o, si lo hace, en términos apocalípticos e injustamente generalizadores. Superando ambas posiciones, puede concluirse que los actos de terrorismo, sin disculpar en nada la perversidad de los más inhumanos crímenes, son también delitos políticos, tanto si se aceptan, para su caracterización, las teorías subjetivas —de la motivación y finalidad—, como las objetivas —del bien jurídico protegido—, y, sin perjuicio de reconocer que en los delitos de terrorismo son varios los bienes jurídicos que se atacan, lo que, por otra parte, tampoco es privativo de ellos.

De la esencia, enunciada, del terrorismo, se deduce lógicamente que el acto aislado carece de sentido. La repetición, la sucesión de actos, también se destaca en las definiciones¹⁴

¹⁴ Ver RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 235. Para CUELLO CALÓN (Parte General, pág. 297, «Terrorismo significa la creación, mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de terror». «El terrorismo, como su nombre indica —dice GÓMEZ CALERO—, se integra por una sucesión de actos de violencia, ejecutados para infundir terror». Para ASUA («Tratado», II, pág. 969), es «la serie de crímenes que se tipifican por la alarma que producen».

como característica esencial del concepto; y este carácter del terrorismo, como método sistemático de lucha contra el poder político, ya para derrocarlo, ya para condicionar sus decisiones, pone de relieve el íntimo parentesco que existe entre él mismo y el delito de rebelión. Si —como dice RODRÍGUEZ DEVESA¹⁵— «ha pasado la coyuntura histórica en que se podía hacer frente al Gobierno con armas de fortuna, que se diferenciaban en poco de las usadas por el Ejército regular», si —como él mismo añade— «el enorme costo de los ingenios bélicos, el aumento de su potencia, su monopolio por el Estado, y hasta el rígido control de éste sobre la casi totalidad de las armas, hacen ilusorio el éxito del alzamiento público», la consecuencia lógica de todo ello ha sido el desplazamiento de las formas revolucionarias clásicas, abiertas y rituales —con proclama y grito—, a las larvadas de la guerra subversiva, donde la acción terrorista se sitúa en plano relevante, por sus efectos materiales y psicológicos¹⁶. Esta analogía entre terrorismo y rebelión —más aún, su identificación sustancial, pues llega a decir que «la titulación terrorismo es más de alcance vulgarizante que técnico»— se destaca también en la ya citada Circular de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, en orden a justificar la atribución de competencia a la Jurisdicción Castrense, para los delitos de la Ley Núm. 42 de 1971, y su ubicación en el Texto Penal Especial.



Concebido el terrorismo, en la forma que ha quedado expuesta, como político revolucionario, es una forma de delincuencia nacida y desarrollada en la sociedad contemporánea; tiene, poco más o menos, cien años. Los que se citan como precedentes romanos, medievales o renacentistas (Spartaco, «Jacquerie», Münster), las revueltas ancilares, las explosiones mi-

¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 169.

¹⁶ Para un estudio de la guerra subversiva, además de las citas hechas en nota anterior (2), puede consultarse Manuel PATO MOVILLA, «La subversión y las fuerzas Armadas», Madrid, 1969. (De especial interés la división que hace del proceso bélico-subversivo, en cinco fases —páginas 33 a 37— de las cuales, la segunda —fase de agitación—, es de aparición, esporádica, del terrorismo, y la tercera —fase de consolidación de la organización subversiva— es ya de terrorismo intenso y activa guerrilla). Sobre guerra de guerrillas, vide Manuel DÍEZ-ALEGRIA, en «Ejército y Sociedad», Alianza Editorial, Madrid, 1972 (estudio tercero —breve, pero denso, págs. 103 a 149— de los cuatro que comprenden el volumen).

lenaristas —con carga herética, no sólo teológica, sino también política— son manifestaciones de la rebelión (entonces, aún crimen de majestad), pero no terrorismo en el sentido enunciado, por más que en sí comportaran crueldades y deprecaciones.

Repetimos: el terrorismo es un delito no más que centenario. Hay dos fechas decisivas. El 9 de septiembre de 1872, Miguel Bakunin fue expulsado de la Primera Internacional, lo que provocó la escisión y posterior destrucción de la misma. En 1866, Alfredo Bernardo Nobel, haciendo absorber nitroglicerina por tierra de infusorios, inventó la dinamita; y nueve años más tarde —precisamente, en este de 1975, se cumplen los cien exactos— al gelatinizar aquella, dejó intuida —sino desvelada ya— la indemne facilidad de la manipulación del plástico. La primera de estas fechas supone el tránsito del ácrata individual al sindicalista teóricamente fanatizado por la fe en el principio de «la propaganda por el hecho»; la segunda, el cambio del instrumento homicida: el puñal y la pistola por la bomba y el explosivo.

Pero, a las anteriores afirmaciones es urgente formular reservas: a) Ni el terrorismo es esencial a la doctrina anarquista¹⁷; b) Ni el anarquismo tuvo siempre, ni tiene, el monopolio de la acción terrorista¹⁸; c) Ni el explosivo —el terrorismo «a la bomba»— es el único medio de acción¹⁹. Más, aún con las

¹⁷ En las formulaciones teóricas —de Proudhon desde luego, del príncipe Piotr Alexeievich Kropotkin, de Julio Gesde— el terror no es consustancial a la doctrina, sino que incluso se le repudia. Según ASUA («Tratado», III, pág. 206), «La teoría anarquista puede repugnar el atentado (así Kropotkin), más al menos una secta de anarquistas —creación del ruso Netschajew y del suizo Pablo Brousse— lo acepta como propaganda por el hecho. Pero el anarquismo de Bakunin, lleva consigo el carácter insurgente y revolucionario puesto que aquel proclamó enérgicamente la «pandestrucción universal».

¹⁸ Del Ku-Klux-Klan a la O.A.S., la más reciente historia demuestra el uso de métodos terroristas por sectores conservadores. Dentro de los socialismos marxistas, la cuestión ha dado lugar a escisiones y enfrentamientos irreconciliables: frente a quienes, como Kautsky o Bernstein, esperan el desenlace evolucionista de las propias fuerzas económicas, con fe ciega en el suceso, lento pero inexorable, la praxis, a partir de Lenin y Trotsky, exige, como ineludible, la violencia. La clave está en el propio Carlos Marx, contradictorio y ambiguo; pues, si de muchos textos pudieron concluir los intérpretes (FROM, LUKACS, SCHUMPETER, MARCUSE, ALTHUSSER), que la teoría de la violencia es esencialmente marxista, siempre quedará la duda de todo el alcance que se pretendió dar a la Undécima Tesis sobre Feuerbach, y la clara apelación a aquella en las frases finales del Manifiesto Comunista.

¹⁹ Ya se ha aludido a la ampliación de la base delictiva en el repertorio terrorista. Desde otro punto de vista, pasado el primer cuarto del

anteriores reservas, forzoso es reconocer al anarquismo la paternidad de una forma de lucha, metódica y violenta, contra el Estado, forma que adquirió en el Derecho represivo un «nomen iuris» deducido de fin inmediato de aquella, y autonomía conceptual y dogmática²⁰. En todo caso, el amplio desarrollo de la acción directa anarquista, a partir del último tercio del siglo pasado, sirve también de punto de partida al examen de la legislación destinada a perseguir el terrorismo. El examen de esta legislación, en España, será el contenido de los capítulos siguientes.

siglo actual, las organizaciones anarquistas derivaron, de unos innegables orígenes de violencia, a la adopción de la huelga como instrumento casi único de lucha y de propio perfeccionamiento sindicalista.

²⁰ La opinión de SALDAÑA (citada por ASUA, «Tratado», III, pág. 207, nota núm. 136), de que, pues el anarquismo no aspira a gobernar, sino a destruir el Estado, el delito anarquista no es político, sino precisamente «apolítico», no pasa de ser una pretenciosa originalidad dialéctica, científicamente superficial y hasta de gran simpleza como sofisma. Aparte de que esa vocación aniquiladora de bien jurídico, y de la norma que lo asimila, puede encontrarse en otros tipos delictivos —y muy especialmente en aquellas actividades punibles en que el móvil adquiere relevancia causal—, ninguna fórmula anarquista, por radical que sea, llega al absurdo de negar, en términos absolutos, el poder político, sino su forma actual, el Estado y sólo pretende acercar el mismo a la sociedad, entreverarlo en ella, y dispersarlo en múltiples competencias (municipios, sindicatos), que luego pueden armonizarse federativamente.

SEGUNDA PARTE

EVOLUCION LEGISLATIVA

Como en los demás países, en España, las primeras manifestaciones terroristas deben ser puestas también en el haber anarquista. La delegación española que acudió a La Haya, en 1872, tras la fisura producida en el Congreso, pasó por Saint Imier del Jura los días 15 y 16 de septiembre, y después regresó al país con las consignas de la Alianza de los Socialistas Revolucionarios y el Catecismo bakuniniano. Pero, la primera bomba no estalla hasta 1891. La época intermedia se caracteriza por el magnicidio, el incendio o el asesinato vulgar¹. Los mismos sucesores de Jeréz (enero de 1892), pertenecen más al capítulo de la sedición que al propio del terrorismo; y no es hasta esta última década del siglo cuando el terrorismo se manifiesta en su forma más característica. A la explosión de 1891 —contra la Asociación Patronal Catalana de Fomento— siguen otras, también en Barcelona; por sólo citar las de resultados luctuosos: Teatro del Licco (1893) y Procesión del Corpus (1896, ya en vigor la primera Ley especial, lo que provocó su reforma).

Cuando aparecen estas primeras manifestaciones violentas del terrorismo anarquista, no existía otro instrumento legal

¹ La sociedad de «La Mano Negra» tuvo una existencia, si aceptamos el testimonio —no precisamente sospechoso— de PI y MARGALL, que, en su «Historia de España» (Tomo VI, págs. 224-225), publica sus Estatutos. Puede verse, también: Juan DÍAZ DEL MORAL, «Historia de las agitaciones campesinas andaluzas», Alianza Editorial, Madrid, 1967. Se sugiere la duda, o se afirma claramente una fraudulenta maniobra gubernamental en otros autores (GARRIDO, CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, BRENNAN, HOBSBAWM, etc.).

represivo que el Código Penal de 1870². Este Texto no proveía con otras soluciones que las de tradicional regulación de los delitos contra las personas, reforzadas lo más —cuando ello era posible— por la circunstancia agravante objetiva de estragos; y, en los delitos contra la propiedad, con una casuística formulación —hoy subsistente aún— del delito de incendios (arts. 561 y sigs.) y del de estragos (art. 572). «Se consideró —dice QUINTANO³— que ello no era suficiente para la rápida y severa represión que la gravedad del mal reclamaba.» Y acudió a remediar esta necesidad la Ley de 10 de julio de 1894, primera de una larga serie que adoptaron el sistema de Leyes especiales.

I. LA LEY DE 10 DE JULIO DE 1894.—Consta esta Ley de catorce artículos, de los cuales, los ocho primeros constituyen la materia penal, los número 10 a 14 contienen particularidades procesales para el enjuiciamiento de los delitos definidos en aquellos, y el noveno atribuye la competencia para conocer de los mismos al Tribunal del Jurado. Termina con una Disposición Final por la que se llama como derecho supletorio a la legislación ya existente, tanto penal como de procedimiento, en todo lo que no haya sido objeto de modificación.

La Ley se caracteriza, única y exclusivamente, por el medio instrumental: el empleo de sustancias o aparatos explosivos. Así se expresa en su título y resulta de su articulado; por ello ha sido muy acertada la denominación de «Ley de Explosivos», con que se la conoció en todo tiempo. Limitada pues, por el medio instrumental, quedan fuera de ella los incendios provocados por otros distintos, y los estragos no derivados de explosión: rige para ellos la Ley general.

Es una Ley especial por razón de la materia. El Texto legal no contiene, en los tipos penales que formula, especiales referencias al sujeto activo, y, en todo momento se produce en términos objetivos, aséptico de motivaciones y fines; pero el especial interés del legislador en regular la participación (art. 4.º), y sobre todo la provocación (art. 6.º), y las disposiciones

² «La aparición de un tipo de criminalidad que a la gravedad de los daños que ocasionaba unía de ordinario el empleo de medios cuya peligrosidad era notoria, motivó que los Estados cuyos textos punitivos eran anteriores a la manifestación de tal forma de criminalidad acudieran al sistema de leyes especiales para su represión». (Tomás JASO ROLDÁN, en «Derecho Penal», de Antón Oneca, II, pág. 106).

³ A. QUINTANO RIPOLLÉS, «Curso...», II, pág. 299.

que sancionan la apología de delitos y delincuentes (art. 7.º) y establecen la disolución de Asociaciones (art. 8.º), revelan claramente que tiene un destinatario específico, sobre todo si se piensa en la realidad socio-política del tiempo en que se dictó.

Establece las siguientes tipologías:

a) Atentar contra las personas o causar daño en las cosas, empleando sustancias o aparatos explosivos, cuando la explosión se verifique (art. 1.º).

b) Colocar sustancias o aparatos explosivos en cualquier sitio público o de propiedad particular, para atentar contra las personas o para causar daño en las cosas, cuando la explosión no se verifique (art. 2.º, párrafo 1.º).

c) Emplear sustancias o aparatos explosivos para producir alarma (art. 2.º, párrafo 2.º), ya la explosión se verifique, ya no tenga lugar la misma.

d) Tener, fabricar, facilitar o vender sustancias o aparatos explosivos (art. 3.º).

e) Amenazar con causar un mal de los previstos en el art. 1.º de la propia Ley, aunque la amenaza no sea condicional (art. 5.º).

f) La apología de los delitos, o de los delincuentes, penados por la propia Ley (art. 7.º).

Las anteriores formulaciones —en cuanto que su esencia aún permanece en el derecho vigente— merecen algunos comentarios o consideraciones:

1.—*Atentado (o causación de daño material)*.—La distinción —que la explosión se verifique o no— entre el delito del art. 1.º y el del art. 2.º, párrafo 1.º (apartados a) y b) anteriores) no es, como pudiera parecer a primera vista, una condición objetiva de punibilidad, pues la condición no es ajena a la acción, sino la alternativa y contingente hipótesis de su perfección. Así, pues, el art. 2.º apartado 1.º, sanciona como delito propio un supuesto de tentativa, pues no otra cosa es colocar las sustancias o aparatos explosivos, «para atentar», cuando la explosión no llegue a verificarse. En todo caso se exige un principio de ejecución («colocar») y que ello se haga «en sitio público o de propiedad particular», no siendo punibles (al menos dentro del tipo que se comenta, y sin perjuicio de lo que resulte del art. 3.º de la Ley, pero entonces ya por otro título de imputación) los actos preparatorios. No se prevé el desistimiento de la tentativa; y esta imprevisión debe resolverse en

favor de su impunidad, por aplicación del Código general, llamado por la Disposición Final de la Ley.

Pero, el párrafo comentado comprende no sólo la tentativa, sino también la frustración; es decir, las dos formas de desarrollo imperfecto. Formula pues, un delito de los llamados de resultado anticipado. Entonces en el art. 1.º de la Ley aparece, nítido y exento, un delito que no admite más forma que la consumativa; que puede ser de lesión o de peligro, pero que, en todo caso, exige un resultado mínimo: la explosión. Y el verbo activo («atentar») se presenta con un contenido más denso que el de mero inicio en la ejecución, destacándose más su signo intencional que el de grado de desarrollo. Lo cual —entiendo— puede ser útil para la interpretación de la legislación vigente.

Se requiere un resultado mínimo de explosión, que es un resultado de peligro abstracto, por exclusión de los demás. El sobreañadido de lesión (en las personas) lleva consigo una agravación específica de la penalidad; y lo mismo el intermedio supuesto de peligro concreto para las personas. Las penas —de gran severidad— se gradúan por el legislador en función de los resultados.

2.—*Alarma*.—Al castigar, también la Ley, el mero empleo de sustancias y aparatos explosivos, meramente «para producir alarma», pierde momentaneamente aquel carácter de objetividad que le hemos atribuido antes, y explicita la finalidad para que fue dictada. Se inserta en el tipo un elemento subjetivo que irá ampliándose y extendiéndose en las reformas ulteriores o a partir de la de 1934. Claro que el atentado contra las personas, o el daño en las cosas, con aquellos peligrosos medios, producirá, por regla general, aquel efecto, pero ello estaba sólo implícito en la definición típica. Aquí basta, no ya el resultado de alarma, sino la simple intención de producirla, se verifique o no se verifique la explosión, lo que, no obstante, influye en la medida de la pena. El verbo («emplear») perfila la acción mucho más vagamente que en los delitos anteriores, pero en todo caso, exige también un principio de ejecución.

3.—*Tenencia*.—La tenencia, facilitación, fabricación o venta de sustancias o aparatos explosivos es una forma delictiva que también ha pasado a la legislación posterior, como han de pasar —con retoques— las varias hipótesis de su punición (intencionalidad especial en su empleo, conocimiento de su des-

tino, racional sospecha de este destino —culpa—, mera infracción reglamentaria).

4.—*Amenazas.*—Se castigan aún cuando no sean condicionales: esto está claro, como la referencia al art. 1.º. Pero, al intentar actuar esta referencia, al poner en contacto ambos preceptos, surge la cuestión de si el mal de que habla el art. 5.º comprende todos los resultados previstos en aquel, o sólo se refiere a los de lesión, es decir, a las amenazas de muerte y lesiones (núm. 1.º) y de daños materiales (núm. 3.º), con exclusión de todos los demás supuestos que caben bajo este último número, y desde luego, los del núm. 2.º. Por otra parte, entiendo que la amenaza ha de abarcar también el medio instrumental que constituye el tema típico de la Ley, que ha de amenazarse con el empleo de explosivos, aunque ello no esté expreso en el comentado art. 5.º. La penalidad, no autónoma sino subsidiaria del delito con que se amenaza, responde al concepto entonces vigente del delito de amenazas, como tentativa alejada o remota.

5.—*Apología.*—Se castiga la de los delitos y la de los delinquentes, siendo estos —ha dicho la Sentencia de 22-II-1908— no sólo los declarados tales por fallo irrevocable, sino aquellos a quienes se atribuye la comisión de los delitos. La apología, en el Diccionario, es «defensa o alabanza»; y entiendo que, si bien respecto de la alabanza la antijuridicidad es incondicionada, en cuanto a la defensa debe reducirse el concepto para justificar, desde luego, la procesal, siempre que esta se limite por el hecho y se desarrolle dentro del «usus fori», de tal forma que no venga a convertirse en aquella. La apología, en fin, ha de ser posterior al hecho, la anterior sólo puede ser provocación, que se sanciona con independencia.

En efecto, la Ley que comentamos, contiene reglas especiales para la participación delictiva. Condena: a) La provocación, aún sin inducción directa (art. 6.º), en igual medida que la autoría si fuere seguida de perpetración, con pena inferior en otro caso; b) La conspiración (art. 4.º, apartado 1.º); c) La proposición (art. 4.º, apartado 2.º).

Por último, diremos que la disolución de Asociaciones, a que se refiere el art. 8.º, tiene más el carácter de sanción administrativa o de policía, que el de genuina sanción penal.

II. LA LEY DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1896.—Los sucesos del Corpus de 1896, en Barcelona, determinaron que el 2 de septiembre de este año se promulgara otra Ley «de más franca represión contra los anarquistas»⁴. En efecto, en su misma denominación ya no se silencia el destinatario de sus disposiciones, ni en el art. 4.º los periódicos o Centros cuya supresión o clausura autoriza al Gobierno.

Esta Ley —de vigencia temporal⁵— deja subsistente la de 1894 (art. 8.º y 2.º, párrafo final), en cuanto no haya sido modificado por ella; por lo que interesa examinar el alcance de sus disposiciones, que son de dos clases: sustantivas y orgánicas.

Las de derecho penal sustantivo se encuentran en el art. 1.º, que sustituye a los arts. 1.º y 2.º de la Ley anterior, quedando ésta vigente para la tenencia, fabricación, facilitación y venta, para las amenazas y para la apología. También para las explosiones que tuvieran por único fin producir alarma, sin originar peligro. En cambio, se extiende su ámbito de aplicación por razón del medio, para comprender no sólo el empleo de sustancias o aparatos explosivos, sino también el de «materias inflamables», reduciéndose, en esta misma medida, el campo de aplicación del delito de incendios del Código Penal. Se rigoriza la penalidad —imponiendo la de muerte, como pena única, si se produce un resultado luctuoso— y sigue regulándose a través de cinco graduaciones establecidas sobre la conjugación de los posibles resultados (lesión —muerte, lesiones, daños— y peligro —concreto o abstracto—, que, además, ahora se combinan con los de perfección o imperfección en el desarrollo). No obstante, se prevé la posibilidad de rebaja o conmutación de las penas que, en atención a las circunstancias, resultaron notoriamente excesivas, por vía de indulto particular (art. 3.º).

En el aspecto orgánico, el art. 2.º atribuye a la Jurisdicción Militar la competencia para conocer de los delitos que regula la propia Ley (los de su art. 1.º); y reserva a la misma —o a la de Marina, en su caso— la que le corresponda por los criterios de

⁴ J. DE ASUA, «Tratado», III, pág. 209.

⁵ Por tres años art. 7.º). «Tal sistema —dice JASO, *op. cit.*, página 106— (el de leyes especiales), lo recomendaba como idóneo la creencia de que aquella (forma de criminalidad) era episódica y transitoria. Pero lo que quizás apareció con tal carácter se fue convirtiendo en permanente». «Impregnada de la idea —dice RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 234— de que se trataba de un género episódico de delincuencia. Por desgracia los hechos han venido a desmentir aquellas previsiones optimistas.»

fueo local y personal, respecto de los delitos que aún ha de regular la Ley de 1894.

Complementaron la Ley de represión del anarquismo, las siguientes disposiciones:

1. Un Real Decreto, de 15 de septiembre de 1896, de organización policial especializada.

2. Otro Real Decreto, de 16 de septiembre de 1896, que, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 5.º de aquella, limita a las Provincias de Madrid y Barcelona las facultades atribuidas al Gobierno por su art. 6.º.

3. Una Real Orden (Guerra), de 2 de diciembre de 1896, de carácter interpretativo para la aplicación de la Ley en la Jurisdicción Militar.

4. En la Gaceta del día 7 de diciembre de 1896, se publica de nuevo el Texto íntegro de la Ley, para corregir un error material padecido en el núm. 2.º de su art. 1.º, el que «hace variar por completo su sentido y que puede dar lugar a dudas en la interpretación y aplicación de la misma». (En la primera publicación se decía —tanto en el núm. 2.º como en el núm. 3.º del art. 1.º— «aunque no resultare daño en las cosas», con lo cual ambos con distintas penas, se referían a idénticos supuestos; la redacción primitiva, en el núm. 2.º, se substituyó por la de «y resultare daño en las cosas».)

5. Un Real Decreto de 12 de agosto de 1897 —consecuencia inmediata del asesinato, el día 8 de dicho mes, del Presidente del Consejo don Antonio Cánovas del Castillo— extiende a todo el territorio nacional las facultades gubernativas del art. 4.º sobre suspensión de periódicos, cierre de Centros y extrañamiento de propagandistas.

6. Un Real Decreto, de 6 de septiembre de 1899, prorrogando, por un año más la vigencia de la Ley, al darse el caso —previsto en su art. 7.º— de no estar reunidas las Cortes.

III. RESTAURACIÓN DE LA LEY DE 1894.—Pero este último Real Decreto debía ser notificado a las Cortes⁶; y, al procederse a este trámite, la no ratificación en el Senado dejó sin vigor la Ley, que pese a su temporalidad, «realizó la sana política de terminar con los actos terroristas...» pues... «durante bastantes años este casi «delicta iuris gentium» aparece sólo de modo esporádico en nuestro suelo»⁷.

⁶ Art. 7.º de la Ley de 2 de septiembre de 1896.

Su caducidad produjo la plena vigencia de la Ley de 1894 y del Código Penal de 1870. Se entra entonces en una fase de Proyectos. El 23 de noviembre de 1904 se presenta uno en el Senado, que modificaba la Ley de Explosivos, ampliando su esfera de acción, alterando las penas y atribuyendo a los Tribunales de Derecho la competencia para conocer de las causas por amenazas, provocaciones y apologías. En 1906 es el Gobierno quien promete una Ley especial más completa; y en 1907 la reforma del Código Penal para llevar a él las disposiciones de la Ley de 1894, mejorándolas. En 1908, un Proyecto de Ley de represión del terrorismo, presentado por don Antonio Maura, obtiene la aprobación del Senado, pero no llega a discutirse en el Congreso. En los Proyectos de Código Penal de Landeira-Cobián (1912) y de Piniés (1921), se contienen novedades atinentes al tema; y algunas de las del primero han sido tenidas en cuenta en la redacción del Código de 1928.

IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1928.—El Código de la Dictadura, de 8 de septiembre de 1928, incorpora a su Texto el tema de la Ley especial, a la que, por tanto, deroga. No se trata de una mera adición, en Título o Capítulo añadido a las otras figuras que pudieran tener con aquel cierta afinidad, sino la consecuencia de la total reestructuración llevada a cabo en el Texto punitivo fundamental.

Frente al criterio dualista clásico (delitos contra el Estado, delitos contra el individuo), peremne en nuestro Derecho desde el viejo Código de 1822, a través de los de 1848-50 y 1870, el nuevo se inspira en un criterio de clasificación trimembre, que ya había sido propugnado por la doctrina⁷ y después obtendría amplia aceptación en las legislaciones⁸. Junto al binomio citado, admite un «tertius genus», y dedica su Título IX del Libro II, a los «Delitos contra la seguridad colectiva».

Distribuye la extensión de este Título en tres Capítulos a saber:

⁷ PUIG PEÑA, III, pág. 149.

⁸ Así: «Delitos contra la sociedad» (IHERING, THYRÉN); «Delitos contra los bienes generales» (MEYER); «Delitos de peligro colectivo» (BINDING), etc. Entre nosotros, QUINTANO («Curso...», II, pág. 299), adoptó esta técnica: «Infracciones contra la comunidad social».

⁹ «Delitos contra la incolumidad pública» (Italia, 1930); «Delitos de peligro colectivo» (Suiza, 1937); «Delitos de peligro común» (Checoslovaquia, 1950); «Delitos contra la seguridad colectiva de personas y bienes» (Yugoslavia, 1951); «Delitos contra la seguridad, el orden y la salud pública» (U.R.S.S., 1960).

A) Capítulo I: «Estragos y delitos afines», que, a su vez, subdivide en dos Secciones: 1.^a) Cometidos maliciosamente (arts. 559 a 568); y 2.^a) Imputables a imprevisión, imprudencia e impericia (arts. 569 a 578).

B) Capítulo II: «Delitos de incendio» (art. 579 a 587).

C) Capítulo III: «Delitos contra los medios de comunicación» (arts. 588 a 597).

La principal característica de la nueva ordenación penal —aparte de la ya dicha, o como consecuencia de ella— consiste en la objetividad que preside la formación del tipo, sin ingrediente subjetivo de móviles o fines de ninguna clase. Tanto es así, que al lado del delito intencional (o malicioso, como le denomina), regula el meramente culposo, sustrayendo a la imprudencia punible muchas de sus hipótesis, como también al delito de daños, entre los de contra la propiedad.

La extravagancia de este Texto dentro de la tradición nacional anterior y posterior al mismo, justifica que limitemos su análisis a la enumeración —lo más sucinta posible— de las disposiciones del mismo que ofrezcan relación con el tema.

A) *Estragos y delitos afines (cometidos maliciosamente)*.—Este Capítulo I, Sección 1.^a, absorbe los delitos de explosivos de la Ley especial. En el art. 559 se conserva la tipología del atentado personal o causación de daño material mediante sustancias o aparatos explosivos, a los que ahora se añade el empleo de «otros medios capaces de producir grandes estragos», que se sigue castigando por una extensa escala graduada en función de los criterios de resultado, peligro y grado de desarrollo, el último grado de la escala corresponde a la explosión «con el único fin de producir alarma». La pena más grave es la de veinticinco años de reclusión a muerte, para los resultados de muerte y lesiones. La tenencia, fabricación, facilitación, transporte (acción nueva en el Código) y venta, es castigada en el art. 560, con la novedad de una mucho más amplia y elástica enumeración del objeto; y, en el 561, la provocación —vaya o no seguida de perpetración— de los anteriores delitos y la apología.

En los artículos siguientes se castiga: a) La destrucción de diques y obras destinadas a evitar las inundaciones, a disminuir sus efectos o a encauzar las aguas, y la producción de inundaciones por cualquier otro medio (art. 562); b) La causación de naufragio, varamiento o destrucción de nave o aeronave, por medios distintos de la explosión o el incendio (art.

563); c) La destrucción, inutilización y alteraciones de señales establecidas para la seguridad de la navegación marítima o aérea, o la creación de otras que puedan ocasionar naufragio o varamiento de buque, o pérdida o grave deterioro de aeronave (art. 564); d) Obstaculizar o impedir la extinción de incendios (art. 565); e) Destruir o deteriorar instalaciones o conducciones eléctricas, gasógenos, instalaciones hidráulicas, saltos de agua y otras obras que no sean las enumeradas en el art. 562 (art. 566); f) Destruir o deteriorar aparatos de seguridad usados para proteger la vida o la salud de los empleados en minas, trabajos subterráneos u otras industrias peligrosas (art. 567); g) Infracción de Reglamentos sobre dirección o ejecución en la construcción o demolición de obras (art. 568).

B) *Incendio*.—En el Capítulo II (arts. 579 a 587), se castiga el incendio de edificios públicos o particulares, destinados a reuniones, de iglesias, fábricas, talleres, almacenes de materias inflamables o explosivas, trenes militares o de viajeros, tranvías, automóviles u otros vehículos, buques, naves, aeronaves, y otros muchos supuestos que se enumeran y omitimos.

C) *Delitos contra los medios de comunicación*.—Dentro del Capítulo III, considera como tales: a) Destruir o inutilizar puente, viaducto, túnel o cualquier otra obra análoga de ferrocarril; causar en ellas daño que produzca su ruina; destruir o descomponer la vía o colocar en ella obstáculos, cambiar o inutilizar las señales de seguridad; cortar las comunicaciones telegráficas o telefónicas; causar daños en el material fijo o móvil; abandono de servicio por maquinistas, guardafrenos, Jefes de Estación, etc. (arts. 588 a 590); b) Destruir caminos, canales, fondeaderos, muelles, campos de aterrizaje u otras obras destinadas a la comunicación pública, por tierra, agua o aire; e impedir u obstaculizar la navegación por ríos o canales (art. 591); c) Disparar arma de fuego contra tren, tranvía o carruaje (art. 592); d) Impedir o entorpecer las comunicaciones telegráficas, telefónicas o semafóricas (art. 593); e) Instalar ilícitamente emisoras con fines del delito de traición (art. 594); f) Instalar, destruir o modificar señales de faros, boyas, etcétera (art. 595). Castiga también la imprevisión, imprudencia e impericia (art. 597).

La simple enumeración hecha, sin más comentario¹⁰, permite añadir a las antes mencionadas una nueva característica: la farragosa regulación, consecuencia del casuismo a que se descende tanto en la definición de la acción, como en los medios, en los objetos y en los resultados; lo que conduce, por su mismo particularismo y atomización, a hipótesis que se escapan a la tipificación legal, frustrando así las pretensiones omnicomprendivas del legislador, amén de crear cuestiones difíciles de interpretación. Unas veces invade la legislación castrense; otras, además de ello —como cuando, por ejemplo, castiga la creación ilícita de emisoras con fines de traición— desborda incluso el contenido propio del Título, sin otro nexo de unión con los delitos asurcanos que el del medio u objeto. La legislación posterior volverá a residenciar los incendios y estragos sin especiales motivaciones entre los delitos contra la propiedad, creará otros nuevos (desórdenes públicos, terrorismo, etc.), o los mantendrá en la legislación especial, caracterizados por fines o móviles y —aunque todavía complejos en enumeraciones— sumamente desembarazados de detalles.

V. LA LEGISLACIÓN REPUBLICANA.—Consecuencia del radical cambio en la forma de Gobierno que se produjo el 14 de abril de 1931, un Decreto del Gobierno Provisional de la República del día siguiente —15 de abril— anuló el Código de 1928, restableciendo el «statu quo» legislativo anterior al mismo, y por tanto, la Ley de 1894 y el Código de 1870; y, como en éste no se introduce, por el de 1932, ninguna novedad que merezca ser anotada aquí (salvo la supresión de la pena de muerte: Disposición Transitoria 3.ª, para las Leyes especiales), con aquella ya vieja Ley se llega a la Revolución de octubre de 1934. Inmediata consecuencia de ella fue:

LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1934.—Esta Ley consta de seis artículos más otro final, que deben ser estudiados en los apartados siguientes:

A) *Delitos de Terrorismo y Explosivos (arts. 1.º al 4.º).*—Las características de esta Ley, en este punto son las siguientes:

▪ Comentó el Código de 1928 A. JARAMILLO GARCÍA, «Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870», Salamanca, 1929, páginas, 235-239. Obra sumamente superficial en la exégesis, radicando su mayor utilidad en la indicación de los precedentes del Texto nuevo y en la cita de correspondencias de su articulado.

a) Introduce en el tipo un requisito finalista, un elemento subjetivo del injusto, que desde entonces —con retoques de dicción— ha de ser una constante en la legislación española (el «propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna represalia de carácter social»). El legislador expresa por primera vez el esencial carácter del delito de terrorismo, por el objetivo inmediato que la acción persigue; lo que en la legislación anterior sólo se intuía, o a lo más, se declaraba tímidamente a través del propósito de «producir alarma».

b) El verbo activo («utilizar», «emplear») que, a primera vista, pudiera parecer de mayor vaguedad o elasticidad que los de la legislación precedente, se matiza y circunscribe al delito consumado, en la fijación de las penas en función del resultado, ya que, aún en los supuestos de sólo peligro, se exige «que el estrago se produjera» (núm. 2.º), o que produzca un «efecto» (núm. 3.º). Para las formas de desarrollo imperfecto se aplicarán las disposiciones generales del Código Penal (art. 6.º, párrafo 3.º).

c) El medio comisivo se amplía para comprender ya no sólo la utilización de «sustancias explosivas o inflamables», sino también el empleo de «cualquier otro medio o artificio proporcionado y suficiente para producir graves daños, originar accidentes ferroviarios o en otros medios de locomoción terrestre o aérea».

d) En orden a la penalidad, se mantiene —aunque reducida a tres términos— el clásico criterio de graduación en función del resultado, de lesión o de peligro. En este mismo orden, se restaura en la legalidad republicana —aunque nunca como pena única— la de muerte, cuyo extrañamiento de la legislación nacional no llegó a durar dos años.

Además del delito de terrorismo objeto del art. 1.º de la Ley y de los apartados anteriores de este trabajo, regula también aquella los delitos de fabricación, tenencia o transporte de materias explosivas o inflamables, sin la debida autorización, así como su expendición o facilitación —aunque la tenencia sea legítima— sin las suficientes previas garantías (culpa) a los que luego las emplearen para cometer delitos de terrorismo (art. 2.º); castiga también la provocación pública —aún sin inducción— y la apología de la infracción o de su autor (art. 3.º), así como la condición de miembro de una Asociación o colectividad organizada, o la intervención en una conspiración, que tuvieren por objeto cometer delitos de terrorismo (art. 4.º).

B) *Robo a mano armada*.—También novedad de la Ley (que, aunque no propio terrorismo ha de pasar inseparable de él a la legislación especial posterior) es la punición del robo a mano armada, al que dedica su art. 5.º. Para este delito no exige finalidades específicas, pero sí la concurrencia de dos o más malhechores, que alguno de ellos lleve armas (no precisa que tengan que ser de fuego), y que del hecho resulte muerte o lesiones consistentes en imbecilidad, impotencia, ceguera, pérdida de un ojo o miembro principal, impedimento del mismo o inutilidad para el trabajo habitual. Para las demás lesiones graves rige el Código Penal; pero la Ley autoriza la exasperación de las penas de su art. 494, hasta la de reclusión menor, en atención a «la alarma producida, el estado de alteración del orden público que pudiera existir cuando se realizare el robo, los antecedentes de los delincuentes y las demás circunstancias que hubieran podido influir en el propósito criminal».

C) *Competencia*.—La atribuye la Ley, para conocer de los delitos que estable, a los Tribunales de Derecho de la Jurisdicción Ordinaria; pero, en el caso de estado de guerra, se remite a la Ley de Orden Público (vigente entonces la de 28 de julio de 1933). Así lo dispone el art. 8.º, que contiene además otras cuestiones de carácter procesal, faculta a los Tribunales para proceder a su prudente arbitrio, dentro de los límites legales, en la aplicación de las penas, y llama a la Ley general como derecho supletorio.

D) *Vigencia temporal*.—Se decreta la entrada en vigor inmediata —al día siguiente de su publicación— y se señala un plazo de vigencia: un año a partir de la anterior fecha. Se prevé y resuelve el problema —frecuente en la Ley intermedia— de que, a su caducidad, la anterior o posterior más benigna, encerre los fines de prevención general que persigue la excepcional, estableciendo su aplicación ineludible a todos los hechos cometidos durante el plazo de vigencia». La prórroga de éste tan sólo podría hacerse por otra Ley (artículo final).

LA REFORMA DE 1935.—La Ley de 20 de junio de 1935, se dictó con un triple propósito: A) Precisar —con criterios extensivos— términos de la de 1934; B) Rigorizar sus sanciones; C) Prorrogar indefinidamente su vigencia.

A) En el primer aspecto, introduce las siguientes modificaciones:

a) En el delito de terrorismo:

1. Requisito finalista: Añade, a los habitantes de una población, «o a clases o sectores determinados de la misma»; a realizar venganzas, añade «o represalias»; y a su carácter social añade el «político».

2. En los medios, añade las «armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas», y suprime (lo que tiene también efecto extensivo) la condición de que el medio o artificio sea «proporcionado y suficiente» a la producción de graves daños.

3. Vuelve a incorporar al tipo los supuestos de desarrollo imperfecto, penándolos junto a los resultados de menor entidad y al igual que éstos: «cuando colocados o empleados los explosivos o materias inflamables, la explosión o el incendio no llegara a producirse».

b) En el delito de tenencia: Prevé la expendición o facilitación, no sólo a individuos, sino también a Asociaciones; y exime de pena los supuestos de error; añadido éste («a menos que la infracción en la venta se debiere a error y no a propósito deliberado de contribuir a un daño») que crea una contradicción interna en el precepto legal, de tal entidad que se auto-destruye, o al menos se hace supérfluo, por ser incompatible el inciso transcrito con la condición de no haber adoptado suficientes previas garantías, que es un error vencible, y por tanto una conducta culposa.

c) En el robo a mano armada (art. 5.º) añade un último párrafo, del tenor literal siguiente: «Los delitos comprendidos en este artículo quedarán consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas que al definir cada uno de ellos se menciona, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad aludidos en las correspondientes definiciones delictivas». Esta regla, de interpretación auténtica, pasará a la Ley general, en la Reforma de 1944 (art. 512 del C. P.).

B) En orden a la penalidad:

a) Eleva expresamente algunas penas (así: art. 1.º, núm. 1.º y art. 3.º); en algún caso (art. 2.º) eleva el mínimo y rebaja el máximo.

b) Añade al art. 1.º un párrafo final, por el que dispone que «las penas señaladas en los tres apartados precedentes, se impondrán siempre en el grado máximo, salvo cuando concurra alguna circunstancia atenuante de las expresadas en el

art. 9.º del Código Penal, con excepción de las análogas del último número del mismo».

c) Suprime el arbitrio judicial, que otorgaba el art. 6.º, párrafo 3.º.

C) Como se ha dicho, en la Ley de 1934 se fijaba el plazo de un año de vigencia. La reforma de 1935 suprime esta limitación temporal al establecer que el artículo final de aquella queda redactado así: «Esta Ley empezará a regir al día siguiente de su publicación en la Gaceta de Madrid. Quedan subsistentes los demás preceptos de la de 11 de octubre de 1934, y totalmente derogadas cuantas disposiciones se opongan a la aplicación de la presente Ley.»

El artículo que acabamos de transcribir, y el Texto legal de 1934-35, representa una gran restricción, una restricción casi total, para la vieja Ley de 1894; pero no su absoluta derogación. El citado artículo final no la deroga expresamente, sino sólo en la medida de las disposiciones de la Ley nueva; y como las mismas, por una parte, introducen en el tipo un elemento finalista que no existe en aquella, y, por otra, el verbo activo se define en forma distinta (aquí, utilizar sustancias para producir graves daños, etc., allí, atentar contra las personas o causar daño en las cosas mediante el empleo de tales sustancias), tanto por razón de la específica dirección de la acción, como por la ausencia del requisito subjetivo, son posibles —al menos teóricamente— las conductas sujetas a la vieja Ley, que convive con la moderna y aún la sobrevivirá cuando ésta haya perdido su vigor, como más adelante veremos. Se da así la coexistencia de una doble legislación especial, que planteará problemas de interpretación en los posteriores hitos legislativos de 1941, 1943, 1944 y 1960.

VI. LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO.—La Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, es la disposición legal punitiva cronológicamente siguiente ¹¹. De esta Ley han de pasar

¹¹ Entre tanto, la Ley de la Jefatura del Estado de 5 de julio de 1938, declara expresamente la vigencia de las Leyes de 11 de octubre de 1934 y 25 de junio de 1935 (art. 3.º). Continuaba también en vigor —como ya se razonó— la Ley de 1894, y respecto de ellas —no de las Leyes republicanas, que ya la imponían en su cuadro de sanciones— debe destacarse que la citada Ley de 1938 restableció la pena de muerte (art. 1.º). Anterior a la Ley de Seguridad del Estado, es, también, la de 18 de febrero de 1941, que atribuía a la Jurisdicción de Guerra el conocimiento de los procedimientos judiciales incoados por razón de accidentes ferroviarios, considerando delitos de rebelión militar los actos que los provocasen.

los delitos de terrorismo al Código Penal de 1944, y dentro de él, ser objeto de varios retoques, por lo que, en este lugar —dejando para más adelante el análisis de los tipos— nos limitaremos a constatar lo más característico de aquella:

a) Atribuye claramente al terrorismo el carácter de delito político. Ciertamente que este carácter ya resultaba en la legislación anterior, especialmente desde que la Ley de 1934 había insertado en el tipo el dato de los fines; pero la Ley de 1941, además de mantener tal requisito —y aún ampliarlo— comprende el delito de terrorismo (art. 9.º) y el de tenencia de explosivos (art. 10), en el Capítulo I, que lleva por rúbrica «Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado y contra el Gobierno de la Nación».

b) Inicia¹² el abrumador sistema enumerativo de los posibles objetos materiales del acto terrorista, y las modalidades de ejecución, que se conservará hasta la última reforma del Código Penal.

c) Inicia, en orden al desarrollo de la acción, el sistema de anticipación o impaciencia defensiva: «ejecutar actos encaminados».

d) Amplía el medio instrumental, añadiendo a las sustancias explosivas e inflamables las asfixiantes y otras homicidas.

e) Agrava la penalidad en términos generales, y en particular, establece la pena de muerte, como única, para los resultados de muerte y lesiones que produzcan imbecilidad, impotencia o ceguera. El art. 16 permite la imposición de pena pecuniaria adicional (de 5.000 a 500.000 pesetas) en atención a las circunstancias del delincuente, y en especial su situación económica.

Otras disposiciones de la Ley que deben consignarse aquí, son las que castigan la provocación pública¹³ y la apología (art. 15), así como las del Capítulo IX (Disposiciones generales: arts. 58 a 67), en que se contienen reglas para la imposición de las penas en los casos de frustración y tentativa —inaplicables al terrorismo—, en los de conspiración y proposición cuando la Ley no las pene especialmente, en los de complicidad y encubrimiento y en los de concurrencia de atenuantes; así como también otras relativas a las penas accesorias de inha-

¹² La influencia sobre esta Ley del Código de 1928 es innegable. No obstante, no puede olvidarse el diferente criterio estructural de una y otro.

¹³ Iniciando también el sistema de lista —muy usado después en el Código Penal— que no tiene otro valor que el exemplificativo.

bilitación y comiso. Se condena la omisión de denuncia de los delitos castigados con la pena de muerte, y se establece (para los culpables de conspiración o proposición que denuncien el delito con tiempo bastante para evitar su perpetración) la excusa absolutoria que, después, pasará el Decreto-Ley de 1947 y al Decreto de 1960, y desaparecerá en la reforma de 1971.

El art. 68 contiene la cláusula derogatoria de «las disposiciones del Código Penal común, así como las de las otras Leyes especiales también comunes», pero sólo «en cuanto alteren o contradigan los preceptos de la presente Ley»; y, si bien puede asegurarse que la nueva Ley subsume todas las hipótesis regidas por la legislación republicana¹⁴, a la que, por tanto, deroga, queda aún pendiente el problema de la vigencia de la Ley de 1894.

VII. LA LEY DE 2 DE MARZO DE 1943.—JIMÉNEZ DE ASUA¹⁵, tomando una cita de Federico Castejón según la cual, de la Ley de 1894, sólo se incorpora al Código de 1944 el precepto en que se pena el hecho de «amenazar con causar algún mal de los previstos como delitos de aquella clase», con lo que debe cesar toda duda «sobre si la Ley de explosivos de 1894 queda vigente en la parte penal no reproducida por la Ley de 1934», concluye que «la Ley de Explosivos está, pues, en vigor», coexistiendo con el Código de 1944.

La cuestión es más teórica que real, pues resulta difícil imaginar una acción criminal con explosivos desprovista de las finalidades incorporadas al ordenamiento jurídico punitivo por las Leyes de 1934-35, y mantenidas después sin interrupción. Mas, al comentar dichas Leyes, dijimos que aún eran posibles hipótesis sujetas a la Ley de 1894, bien por la específica dirección de la acción, bien por la diversidad de fines. Ahora bien, el posible contenido residual de la vieja Ley será derogado por la de 2 de marzo de 1943, sin llegar a coexistir con el Código de 1944.

La Ley de 2 de marzo de 1943¹⁶ considera reos del delito de rebelión militar (art. 1.º, núm. 5.º) a «los que atenten contra las personas o causen daños en la propiedad por móviles polí-

¹⁴ Pues también regula el robo a mano armada: Capítulo VIII.

¹⁵ «Tratado», III, pág. 211.

¹⁶ Esta Ley —discutidísima Ley— es la que subsistirá después del Código Penal, y —reconocida su vigencia por la de Orden Público de 1959— pasará, refundida, al Decreto de 21 de septiembre de 1960; si bien la entencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 23-XII-59, declaró que la misma había sido derogada por el Código Castrense de 17 de julio de 1945.

ticos, sociales o terroristas». La acción —atentado personal, causación de daños material— es de idéntica definición que en la Ley de 1894, y si bien en la nueva, por una parte se omite toda referencia al medio instrumental, y por otra se incluye un elemento finalista —al que impropiaemente se llama «móvil»— la misma defectuosa redacción (consistente en añadir a los políticos y sociales los «móviles terroristas», siendo así que el terrorismo es un concepto objetivo, no subjetivo, es —como dice QUINTANO¹⁷— «una táctica o forma especulativa») sirve, por fuerza de sus términos generalizadores, para destacar el propósito de la nueva Ley, absorbente de toda actividad terrorista, calificación que ha de tener siempre el empleo de explosivos contra las personas y la propiedad.

Por si el anterior argumento fuera insuficiente, aún caben estos otros: a) Que el propósito del legislador de 1944 ha sido insertar en el texto general «las disposiciones legislativas dictadas con posterioridad a 1870» (art. 1.º de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944; Exposición de Motivos del Decreto de 23 de diciembre siguiente); b) Que el propio Código Penal de 1944, como Ley posterior, por fuerza de sus arts. 406, 554 y 10, circunstancia 3.ª —y en relación con ellos el 604—, vacía a la vieja Ley de Explosivos del contenido precario que aún pudiera quedarle.

VIII. EL CÓDIGO PENAL DE 1944.—La Ley de Bases de 19 de julio de 1944, por la que se autorizó al Gobierno para publicar un nuevo Texto Refundido del Código Penal, disponía (art. 2.º, B, núm. 2.º) que, en el mismo, un nuevo Título con la denominación de «Delitos contra la seguridad interior del Estado», sustituiría a los Títulos II y III del Libro II del Código Penal de 1932 (que llevaban, respectivamente, los de «Delitos contra la Constitución» y «Delitos contra el Orden Público») y que, en dicho Título, se incluirían «en su parte pertinente, las definiciones de delito y sanciones a ellas aplicables comprendidas en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941». En el núm. 4.º del mismo art. 2.º, se ordenaba la adaptación de las penas de dicha Ley especial al Cuadro del Código, disminuyéndolas en un grado cuando así lo exija su estructura.

Por Decreto de 23 de diciembre de 1944 fue promulgado el Nuevo Código Penal. En su Exposición de Motivos se citan, como leyes insertas en el Texto, las de Seguridad del Estado,

¹⁷ «Derecho Penal Internacional...», II, pág. 231.

Terrorismo y robo a mano armada¹⁸, tenencia de armas, etc. (Apartado A), incluyendo las disposiciones y sanciones de la Ley de 29 de marzo de 1941 (Apartado H), con las modificaciones de penalidad —adaptación al cuadro del Código, exclusión de la muerte como pena única— ordenadas por la Ley de Autorizaciones (Apartados E, F y H).

En el Nuevo Código Penal, el Título II del Libro II lleva por rúbrica «Delitos contra la seguridad interior del Estado». Se integra con doce Capítulos, el último de los cuales, dividido en tres Secciones, se titula «De la tenencia y depósito de armas y municiones y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos». Las páginas siguientes se dedicarán a la Sección 2.^a («Terrorismo y tenencia de explosivos»), con una somera referencia a la Sección 3.^a («disposiciones comunes»), examinando cada uno de sus artículos —con las modificaciones de que en cada caso hayan sido objeto— con lo que, si se rompe el orden expositivo cronológico, se obtendrá otro más sistemático.

El Código Penal establece los siguientes delitos:

DELITO DE ESTRAGOS DE CARÁCTER TERRORISTA (Art. 260)¹⁹.—Procede directamente, y sin alteración sustancial alguna, de la Ley de Seguridad del Estado (art. 9.º, párrafo 1.º), y no sufre modificaciones hasta la Ley de 15 de noviembre de 1971.

A) *La acción.*

a) *Conducta (núcleo de la acción).*—En el Texto legal, el verbo activo se formula así: «ejecutar actos encaminados». Esta formulación legal se mantiene en la última reforma. Se trata, indiscutiblemente, de un delito de los llamados de consumación anticipada, pues la impaciencia defensiva del legislador adelanta o anticipa los tradicionales límites de la protección penal. La acción se describe en términos tan sumamente imprecisos o elásticos que, a su tenor literal, caben en ella no sólo las formas de desarrollo imperfecto, sino incluso los actos preparatorios; y, sólo la finalidad que movió al legislador a luchar eficazmente contra esta peligrosa forma de de-

¹⁸ Ley de 11 de octubre de 1934, que era conocida con esta denominación, pues el delito de robo a mano armada siguió rigiéndose por la Ley de Seguridad del Estado (Cap. VIII), hasta el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947.

¹⁹ La terminología ha sido tomada de RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», II, pág. 236 y «Suplemento...», pág. 72.

lincuencia, puede justificar la tipicidad desdibujada, con riesgo del principio de legalidad, al que el tipo penal debe servir en su función de garantía («ratio cognoscendi»). Pero «la opinión dominante —dice RODRÍGUEZ DEVESA²⁰— rechaza dicha interpretación, y requiere, apoyándose en el sentido del contexto, que haya un principio de ejecución». Jaso ROLDÁN²¹ entiende que «el hecho de que los delitos de terrorismo deban su especial significación a su naturaleza de delitos de peligro general, obliga a exigir como límite mínimo de la incriminación de esta conducta que "los actos encaminados a" lo sean directamente»; pero, según CUELLO²², la Ley no autoriza a esta distinción. La cuestión no puede resolverse con el sólo análisis verbal, en su solitaria abstracción, sino cuando el mismo se pone en relación con los demás datos del tipo —el contexto de que habla RODRÍGUEZ DEVESA— en especial con las modalidades de ejecución, con el medio empleado y con el resultado producido, cuestiones a tratar en los apartados siguientes.

b) *La dirección de la acción.*—El primitivo Texto de 1944 contenía un tipo de formulación casuística alternativa o fungible, un tipo con pluralidad de hipótesis. El casuismo se multiplicaba por el triple factor de la dirección de la acción, del medio empleado y del objeto contra que iba dirigido. La reforma de 1971, acogiendo las críticas doctrinales, ha descargado al precepto de las abrumadoras —y, muchas veces, superfluas— enumeraciones.

RODRÍGUEZ DEVESA²³, tras la exégesis del art. 260, sistematiza cuatro grupos de actos: 1) Actos encaminados a la destrucción de determinados objetos (obras, fábricas y otras dependencias militares, iglesias u otros edificios religiosos, museos, bibliotecas, archivos, edificios públicos o particulares, puentes, diques, puertos, canales o embalses, vías de comunicación, de transporte, conducciones de energía eléctrica o de otra fuerza motriz y otras construcciones análogas destinadas al servicio público, minas, polvorines, depósitos de gasolina y otros combustibles, naves, aeronaves y aeroplanos); 2) Actos encaminados a provocar incendios; 3) Actos encaminados a emplear sustancias homicidas; 4) Actos encaminados a causar catástrofes ferroviarias, naufragios y otros hechos análogos.

Las críticas hechas a la redacción legal han sido justas y

²⁰ «Derecho Penal Español», II, pág. 237.

²¹ Antón ONECA, II, pág. 107.

²² «Derecho Penal», II, pág. 168.

²³ «Derecho Penal Español», II, pág. 238.

merecidas. Al lado de conceptos generales (como edificios, obras, etc.), se sitúan otros más particulares (como museos, puentes, etc.), comprendidos en aquellos; junto a las sustancias homicidas se sitúan las explosivas, inflamables y asfixiantes, que tienen siempre aquella capacidad de resultado, se incurrir en repeticiones (destrucción de vía de comunicación, causar catástrofes ferroviarias, etc.). Por otra parte —al igual que ocurrió al legislador de 1928— el de 1944, al pretender la plenitud de previsión penal por vías de detalle, introduce en el Texto legal el mismo germen de su impotencia, y al observar que a sus empíricas formulaciones han de escapar hipótesis —y mucho más en un terreno donde el instrumento se renueva diariamente al acelerado paso de la técnica—, acude al remedio de la analogía, o de apéndices a las enumeraciones, que degradan a éstas al papel de meros ejemplos. Por ello, en este punto es de alabar la reforma de 1971, que concreta la ejecución de actos encaminados «a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte, conducciones de energía eléctrica u otra fuerza motriz u otros hechos análogos», y disculpable la apelación hecha a la analogía, al no hallar otra solución para conseguir que el rigor formal de tipificación no deje impune la evidente antijuricidad del hecho.

c) *El resultado.*—El Código de 1944 sigue, en este punto, el método de la legislación precedente; y, en función del resultado, fija las penas:

1. La de reclusión mayor a muerte, para resultados de muerte o lesiones graves, es decir, las del art. 420.

2. La de reclusión mayor, para resultados de lesiones menos graves (las del art. 422) o de peligro concreto.

3. La de reclusión menor para cualquier otro efecto (lesiones constitutivas de falta, daños materiales, peligro abstracto). Este número también ha sido reformado en 1971: en la primitiva redacción se incluía en el mismo «cuando colocados o empleados los explosivos o materias inflamables, la explosión o el incendio no llegara a producirse»; en la actualidad, a cualquier otro efecto, se añade «o no llegará a producirse efecto alguno» (desarrollo imperfecto), y «la mera colocación o empleo de sustancias, medios o artificios» se ha llevado al art. 264 (tenencia), lo que —según RODRÍGUEZ DEVESA²⁴— obliga a una interpretación dual, según que el medio empleado

* «Suplemento...», pág. 73.

sean tales sustancias (en cuyo caso, para satisfacer al art. 260 se exige algo más que la mera colocación), o que los actos encajinados se realicen con medios distintos.

B) *La antijuricidad*.—La Ley añade al tipo un elemento subjetivo del injusto. Esta finalidad, en la redacción primitiva, se concretaba en la de «atentar contra la seguridad del Estado o alterar el orden público»; en la actual se amplía: «atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público». No obstante —siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA— entendemos que la nueva redacción no supone alteración alguna, pues la seguridad del Estado hacía referencia, ya antes, a la interior y a la exterior, comprendiéndose en esta última, bajo la rúbrica de la traición (o en aquella, bajo la de la rebelión), los atentados a la integridad territorial y a la unidad nacional, especificaciones que, por tanto, sólo tienen «valor de ejemplo», y responden únicamente al clima de opinión —artificialmente exasperado— del momento legiferante; y, el orden institucional y el orden público —que, en el concepto vulgar, y hasta en el doctrinal, pueden tener significado distinto— no es posible diferenciarlos en el legislativo, al menos si se acude a la interpretación auténtica que ofrece la propia Ley de Orden Público (Preámbulo y art. 1.º).

C) *La culpabilidad*.—El elemento subjetivo que acaba de comentarse, y la misma formulación verbal de actos tendentes, impiden las formas de comisión culposa.

D) *Punibilidad*.—Cuestión inseparable del resultado de la acción, y ya tratada en aquel lugar. En los supuestos de menor gravedad (núm. 3.º), se autoriza a los Tribunales a imponer la pena inferior, en uno o dos grados, a la de reclusión menor, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, la entidad del resultado y el estado de alarma producido por el delito.

ESTRAGOS TERRORISTAS NO FINALISTAS.—En la primitiva redacción del Código, el art. 261 regulaba otro delito de estragos, al que no eran precisas las finalidades consignadas en el precepto que le precedía. Esta figura fue calificada de «actos terroristas contra objetos destinados a la defensa nacional» (RODRÍGUEZ DEVESA²⁵), «conductas caracterizadas por la natu-

²⁵ «Suplemento...», pág. 72, nota núm. 13.

²⁶ «Derecho Penal Español», II, pág. 240.

raleza del objeto» (JASO²⁷), «Delitos de terrorismo calificados por el objeto contra el que se dirige la acción del culpable (PUIG²⁸), «terrorismo impropio» (QUINTANO²⁹). Se sancionaba con las mismas penas del art. 260 (y por tanto, según los resultados), se propusiera o no el culpable el fin allí expresado, al que realizare cualquier hecho comprendido en el mismo «contra nave, aeronave, tren o material ferroviario, fábricas o depósitos de municiones o explosivos o combustibles pertenecientes al Ejército o Fuerzas o Institutos Armados, obras o dependencias militares, material de guerra u otros objetos destinados a la defensa nacional». Procedía de la Ley de Seguridad del Estado (art. 9.º, párrafo 2.º), colisionaba con el Código Castrense y ha desaparecido en la reforma de 1971, residenciándose sus hipótesis, o en la Ley Común, o en la Militar, o en otras especiales.

CAUSACIÓN DE UN PELIGRO GENERAL CON FINES TERRORISTAS (Art. 261).—Así denomina RODRÍGUEZ DEVESA³⁰ al delito que definía el art. 262 del Código, y hoy ha pasado a ser el art. 261, con retoques de mínima importancia (se suprime la adjetivación del medio en que la locomoción o comunicación se desarrolla). Procede directamente, de la Ley de 1934 (Art. 1.º).

La acción consiste en utilizar sustancias explosivas o inflamables, o armas que normalmente sean susceptibles de causar grave daño en la vida o en la integridad de las personas, o cualquier otro medio o artificio para producir graves daños, u originar accidentes ferroviarios o de otros medios de locomoción o comunicación.

El fin que ha de perseguirse con la acción es el de «aterrorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o realizar venganzas o represalias de carácter social o político».

Lo dicho en orden a culpabilidad y penalidad (calificada por el resultado) al comentar el art. 260, vale aquí; y RODRÍGUEZ DEVESA, comparando uno y otro precepto, afirma la innecesidad de éste, salvo en la referencia a las armas, a las que, además, exige la potencialidad de estragos; v. gr., las bombas de mano³¹.

²⁷ Antón ONECA, pág. 107.

²⁸ Tomo III, pág. 151.

²⁹ «Curso», II, pág. 302.

³⁰ «Suplemento...», pág. 74.

³¹ «Derecho Penal», II, pág. 240.

AMENAZAS Y COACCIONES (Art. 262).—Procede directamente, de la Ley de 1894. Era el art. 263 en la primitiva redacción del Código. Pero la reforma de 1971 no se ha limitado a cambiar su lugar de colocación, sino que ha introducido importantes modificaciones. Así:

a) Al lado de la amenaza, sanciona la coacción, haciendo precisas las referencias a los arts. 493 y 496 del Código, respectivamente.

b) La amenaza no tiene que ser condicional; y, en la actualidad, tampoco tiene que consistir, precisamente, en causar algún mal de los previstos en los artículos precedentes.

c) En cambio, después de la reforma de 1971, la amenaza —o la coacción— han de hacerse con alguno de los fines del art. 260; por lo que no estimamos exacta la calificación de «amenazas o coacciones terroristas», que RODRÍGUEZ DEVESA³² da a este delito, ya que en el art. 260 lo terrorista es el medio, no la finalidad a que se aplica.

Este delito se pena con prisión menor. Antes, con la inferior en dos grados correspondiente al delito con que se amenazaba. Un ligero retoque («la señalada» por «las señaladas», con referencia a las penas), introducido por el Decreto de 24 de enero de 1963, que publica el Texto Revisado del Código, ni siquiera merece comentario.

DESÓRDENES PÚBLICOS (Art. 263).—Delito nuevo en la reforma de 1971, que cometen «los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden causando lesiones o vejación en las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios».

Precepto innecesario —entiende RODRÍGUEZ DEVESA³³— por existir ya en el Código medios penales para combatir las situaciones que regula; sirviendo, lo más, para sancionar la ocupación de edificios, aunque esta se haga con autorización de quien pueda prohibirla. En todo caso, hubiera sido más apropiada su colocación en el Capítulo IX del Libro II, que entre los delitos de terrorismo. Es un delito de sujeto necesariamente plural y eminentemente intencional. Se castiga con prisión menor, «salvo que al hecho corresponda pena más grave en

³² «Suplemento...», pág. 74.

³³ «Suplemento...», pág. 75.

otro precepto del Código». La expresión «paz pública» tiene el significado de «orden público»; por ello —dice RODRÍGUEZ DEVESA³⁴— la finalidad de atentar contra aquella se confunde con el dolo.

TENENCIA DE EXPLOSIVOS (Art. 264).—Este delito pasa por las siguientes vicisitudes:

A) *Redacción primitiva*.—Se comprendía en el mismo los siguientes actos: 1) La tenencia de sustancias o apartados explosivos, inflamables, incendiarios u otros homicidas; 2) La fabricación de dichas sustancias o aparatos; 3) El transporte de los mismos; 4) Su suministro, en cualquier forma.

Las penas con que estos hechos se castigaban (reclusión menor o prisión mayor), lo eran en función de los dos criterios siguientes:

a) Que el autor destinare (las sustancias o aparatos) o supiere que se destinaban a atentar contra la seguridad del Estado o a perturbar el orden público. Destinarlos el autor entra en el campo de los actos preparatorios, y reduce el alcance del propio delito de terrorismo, de «ejecutar actos encaminados». El conocimiento de su destino sugiere también actos preparatorios de conspiración.

b) Que existieren motivos racionales para afirmar que el autor conocía aquel destino. Este supuesto ha sido calificado como de culpa consciente, y aún de dolo eventual. Entiendo que carece de todo sentido penal, salvo el de ser un delito de sospecha (sospecha de otra sospecha), que ataca gravemente el dogma de la culpabilidad. Tiene, más bien, un aire procesal inquisitivo.

Además, estas reglas actúan como condiciones objetivas de punibilidad (salvo cuando los destinare el propio autor), pues exigen el posterior destino.

Junto a los anteriores supuestos, traídos directamente de la Ley de Seguridad del Estado (art. 10), el precepto contenía un último párrafo, traído directamente de las Leyes de 1934-35, en el que se castigaba al que, poseyendo legítimamente dichas sustancias o aparatos, los expendiere o facilitare sin suficientes previas garantías a individuos o Asociaciones que luego las emplearen para cometer delitos de terrorismo, a menos que la infracción en la venta se debiere a error y no a propósito deliberado de contribuir a un daño

* «Suplemento...», pág. 80-82.

B) *La reforma de 1947.*—La Ley de 27 de diciembre de 1947 modifica notablemente el comentado art. 264:

a) En orden a la acción, añade: 1) La introducción en España; 2) La facilitación.

b) En orden a las sustancias, añade las materias de cuya combinación o mezcla puedan derivarse los productos explosivos, inflamables, incendiarios, asfixiantes u otros homicidas.

c) Amplia la punición a los supuestos de mera infracción de Reglamentos relativos a la importación, fabricación, tenencia, venta o circulación de las sustancias o aparatos, o no justificación de la tenencia.

d) Se castiga también la tenencia de gases lacrimógenos, tóxicos u otras sustancias análogas, así como de los materiales de cuya combinación o mezcla puedan derivarse tales productos, no comprendidos en los números anteriores, que, por su naturaleza y cantidad, se deduzca que se destinan a producir daño, o existieren motivos racionales para afirmar que el culpable habría de emplearlo en la ejecución de cualquier delito.

La simple lectura de estos dos últimos apartados revela claramente la ampliación que se da a las tipologías de sospecha, lo que, además de suponer un barbarismo dentro de la dogmática penal moderna, perdía toda su virtualidad conminatoria, sujeto, como todo hecho procesal, a la libre valoración de la Sentencia.

C) *La reforma de 1971.*—El art. 264, en la actualidad, está redactado así: «El depósito de armas y municiones y la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas, así como su fabricación, transporte o suministro, de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, con los propósitos a que se refieren los arts. 260 y 261, será castigado con la pena de reclusión menor. Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho, y la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior.»

La legislación vigente —siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA —, podemos caracterizarla así:

a) Se exige, en todos los delitos del art. 264 —que luego se especificarán— un elemento finalista: el de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público o el de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sec-

tores determinados de la misma, o el de realizar venganzas o represalias de carácter social o político.

b) Comprende los siguientes delitos:

1. El depósito de armas y municiones, que obliga a completar el tipo con los arts. 257 y 258, a los que el presente enerva por su condición de ley especial caracterizada por el fin.

2. La tenencia, fabricación, transporte o suministro de cualquier forma, de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas. Se aligeran las enumeraciones, en la acción y en el objeto, y desaparecen las perturbadoras tipologías de sospecha.

3. La mera colocación o empleo de las anteriores sustancias, medios o artificios; inciso que roza con el núm. 3.º del art. 260, según ya hemos comentado antes.

DISPOSICIONES COMUNES.—La Sección 3.ª del Capítulo XII, lleva por rúbrica «Disposiciones comunes a las dos Secciones anteriores», es decir, a los delitos de tenencia y a los de terrorismo; pero el art. 268 (apología de los delitos y de sus culpables) es común a todo el Título II, y también lo es el art. 268 bis (Capítulo XIII), llevado al Código por la Ley de 22 de marzo de 1957³⁵.

Los arts. 265, 266 y 267 se refieren, respectivamente, a las siguientes cuestiones:

a) Depósito de armas, municiones y explosivos en el domicilio de una Asociación que origina responsabilidad —salvo que se justifique— para los empleados que tengan su domicilio en el local social y para los miembros de la Junta Directiva (presunción «iuris tantum» de culpabilidad), y determina la disolución de la Asociación (problema de la punición de las personas jurídicas, con penas que, además, no figuran en el catálogo del art. 27), tanto si el depósito está dentro como fuera del local, apéndice incongruente con la declaración inicial que exige que el depósito se encuentre en el domicilio de la Asociación.

³⁵ Sobre apología. Una crítica del art. 268 bis, vide en RODRÍGUEZ DE VESA («Derecho Penal Español», II, pág. 56), quien además, distinguiendo correctamente entre el sujeto como ingrediente del tipo, y el sujeto como partícipe, entiende que dicho precepto sólo es aplicable a los delitos contra la forma de gobierno del art. 164, que exigen estructuralmente el sujeto colectivo, pues aún cuando también lo exigen los de rebelión y sedición, éstos ya tienen normas específicas (arts. 216 y 220), que, por razón de especialidad, dejan sin efecto al 268 bis.

b) Culpa «in vigilando» de los padres, tutores o guardadores de hecho de los menores de 16 años, formulada también como presunción «iuris tantum», con traslado de la carga de la prueba, lo que repugna al principio acusatorio.

c) Pena adicional de inhabilitación especial, para fabricantes o traficantes de sustancias, armas y municiones.

TERCERA PARTE

EL TERRORISMO EN EL DERECHO MILITAR

I. LA LEGISLACIÓN PENAL ESPECIAL.—El recurso a la Jurisdicción Militar para combatir formas endémicas de delincuencia, como el bandolerismo, por ejemplo ¹, ha sido frecuente en la España de los siglos XIX y XX ². Con la Ley de Seguridad del Estado, devino en constante, y, pese a la provisionalidad que parecían indicar los términos de su art. 69 (bajo la rúbrica de «Disposición Transitoria»), al decir que «mientras no se disponga lo contrario, todos los delitos comprendidos en esta Ley serán juzgados por la Jurisdicción militar, con arreglo a sus propios procedimientos», persistió durante más de treinta años, a través de las disposiciones legales que se examinarán a continuación.

¹ Vide Jaime MASAVEU, «Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVI, Fascículo III (Homenaje al profesor Cuello Calón), septiembre-diciembre MCMLXII, págs. 577-594.

² Respecto de robo, en cuadrilla y despoblado, recordemos el Decreto de las Cortes de 26 de abril de 1821, donde, pese a su clara finalidad protectora de la legalidad política (art. 1.º: «Son objeto de esta Ley las causas que se formen por conspiración o maquinaciones directas contra la observancia de la constitución o contra la seguridad interior o exterior del Estado, o contra la sagrada e inviolable persona del Rey constitucional»; delitos especificados en otro Decreto de las mismas Cortes y de igual fecha), el art. 8.º comprende también a «los salteadores de caminos, los ladrones en despoblado, y aún en poblado, siendo en cuadrilla de cuatro o más», quienes «serán juzgados militarmente en el consejo de guerra ordinario prescrito en la Ley 8.ª, título 17, libro 12 de la Novísima Recopilación», si la aprehensión de los mismos se hiciera por la tropa del ejército permanente o de la milicia provincial o local arts. 2.º y 8.º). Tras el trienio constitucional, la Real Orden de 13 de enero de 1824 sustituye los Consejos de Guerra Ordinarios por Comisiones Militares Ejecutivas y Permanentes, alternándose estas y

El art. 604 del Código Penal —Disposición final derogatoria— declaraba especialmente vigentes los preceptos de la Ley de Seguridad del Estado no incorporados a él, y también los de otras leyes penales especiales que no contradijeran el nuevo Texto fundamental.

La voluntad de derogar expresamente la citada Ley de 1941 («por las dificultades técnicas que suscita la interpretación del art. 604 del Código Penal», y porque «la estabilidad política permite prescindir de la Ley de Excepción, puesto que a los fines punitivos basta con las disposiciones de la legislación común y mantener preceptos de especial rigor únicamente para las más graves formas de la delincuencia terrorista y del bandolerismo», «especies delictivas —propias— de toda situación de postguerra, secuela de la relajación de vínculos morales y de la exaltación de los impulsos de crueldad y acometividad de gentes criminales e inadaptadas»)³, fue lo que determinó el Decreto-Ley de Bandidaje y Terrorismo, de 18 de abril de 1947.

1. *Decreto-Ley de 18 de abril de 1947.*—Este Decreto-Ley regula el terrorismo en sus arts. 1.º y 2.º, iniciando el sistema de la doble regulación simultánea, que vacía de contenido los arts. 260 y siguientes del Código Penal⁴. Regula también los

aquellos, en los años siguientes, según los avatares políticos, en cuyo detalle no podemos entrar, y que puede consultarse en Antonio VALLECILLO, «Ordenanzas de S. M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos», Tomo III, págs. 690 y sigs.; imprenta de los señores Andrés y Díaz, Madrid, 1852. La Ley de 8 de enero de 1877, llamada «Ley de Secuestros», atribuye también la competencia para conocer de estos delitos a un Consejo de Guerra permanente y provincial (art. 3.º). Como precedentes del delito de terrorismo, además de la Ley anterior —y en cuanto el secuestro lo suponga— podemos citar también dos Reales Ordenes (una de Gracia y Justicia —siendo Ministro Montero Ríos— de 17 de enero de 1873, dirigida a los Fiscales de las Audiencias, y otra de Guerra —siendo Ministro el General Fernández de Córdova— del día 20 del mismo, trasladando la anterior a las Autoridades militares), por las que se daba una amplia interpretación al delito de rebelión militar (casi sin secar aún la tinta del Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868, de Unificación de Fueros) para comprender en él los hechos «que hace algún tiempo vienen perturbando las provincias de Cataluña y Navarra, donde se cometen no ya tan sólo delitos meramente políticos, sino los crímenes comunes más graves, como levantamiento de rails(sic) de los caminos de hierro, descarrilamiento de los trenes de viajeros, corte de los puentes, robo de los indefensos habitantes y asesinato de las autoridades de los pueblos». En cuanto al terrorismo anarquista, ya hemos dicho que la Ley de 2 de septiembre de 1896, atribuyó competencia a la Jurisdicción Militar.

³ Preámbulo del Decreto-Ley de 18 de abril de 1947.

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», II, pág. 236.

delitos de robo a mano armada, secuestro, bandidaje, auxilio a bandoleros y extorsión (arts. 3.º a 7.º), establece —respecto de todos ellos o de alguno en particular— excusas absolutorias (art. 8.º), atribuye a la Jurisdicción Militar el conocimiento de los mismos (art. 9.º), y deroga la Ley de Seguridad del Estado y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en él (art. 10).

Vigente esta disposición, el Decreto de 24 de enero de 1958 creó un Juzgado Militar Especial de Actividades Extremistas, con sede en Madrid y jurisdicción en todo el territorio nacional; y otro Decreto, de 25 de abril de 1958, amplió su competencia «rationi delicti», por fuero de conexión.

2. *La Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959.*—Esta Ley, en su Disposición Transitoria 2.ª, autoriza al Gobierno para unificar las Leyes especiales que regulen delitos afectantes al orden público y cuyo competencia corresponda a la Jurisdicción Militar. Estas Leyes —se especifica en la Exposición de Motivos— son las de 1 de marzo de 1940⁵, 2 de marzo de 1943 y 18 de abril de 1947⁶.

3. *El Decreto de 21 de septiembre de 1960.*—La refundición se realiza por medio de este Decreto, aunque limitada (art. 1.º) a la Ley de 1943 y al Decreto-Ley de 1947; justificándose, en su Preámbulo, la exclusión de la Ley de 1940, en la existencia de un Tribunal especial, y la realizada, en la conveniencia de recoger en una sola disposición legal «aquellos preceptos de ambas (leyes) que parece aconsejable conservar, por considerar necesaria su continuidad para reprimir eficazmente actuaciones subversivas o reveladoras de peligrosidad y que produzcan o puedan producir resultados de grave trascendencia, bien por motivos político-sociales o terroristas, o simplemente por impulsos de singular criminalidad».

Este Decreto (discutidísimo Decreto, y ello no sólo en cuanto a su contenido sustantivo o procesal, sino incluso tachado de ilegalidad radical o de origen) consta de ocho artículos, en los que —además del 1.º, ya citado, y el 3.º que, por referirse al terrorismo, será objeto de examen separado posterior— se castigan:

⁵ De Masonería y Comunismo.

⁶ Decreto-Ley que se acaba de comentar.

a) Conductas asimiladas a la rebelión militar (art. 2.º). Estas —procedentes de la Ley de 2 de marzo de 1943— quedaron sometidas a sus «correspondientes ordenamientos penales, jurisdiccionales y procesales», en virtud de lo dispuesto en el art. 1.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963 —creadora del Juzgado y Tribunal de Orden Público—, cuya Disposición Final 5.ª deroga expresamente este art. 2.º, que volvió a ser declarado en vigor por Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968, hasta la reforma de 15 de noviembre de 1971.

b) El robo a mano armada (art. 4.º), procedente del art. 3.º del Decreto-Ley de 1947.

c) El secuestro (art. 5.º), procedente del art. 4.º de dicho Decreto-Ley.

d) El bandidaje⁷, refundiéndose en el art. 6.º, los delitos a que se referían los arts. 5.º, 6.º y 7.º del Decreto-Ley de 1947.

El art. 7.º reproduce —con ligera modificación que, además, no afecta al tema— las excusas absolutorias del art. 9.º anterior; y el 8.º atribuye la competencia, para conocer de los delitos del Decreto, a la Jurisdicción Militar.

II. EL TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL.—Sobre los consignados antecedentes, trataremos de examinar, aunque sea muy brevemente, la regulación del terrorismo en las Leyes especiales posteriores al Código Penal. En ellas, se delimita por el medio capaz de estragos, pues, aún cuando determinados hechos, procedentes de grupos o de personas a quienes se debiera la calificación de terroristas pudieran incidir en otras tipologías —por ejemplo, robo con armas de fuego, secuestro— éstas, en el Texto legal, se formulan neutras de toda finalidad. Tan sólo, como modalidad del bandidaje, se sancionaba el aprovechamiento de situaciones de temor para obtener de otro, mediante amenazas anónimas, la entrega de dinero, alhajas, valores u otros bienes, o para compelerle a hacer o dejar de hacer alguna cosa⁸.

⁷ Un amplio estudio sobre este delito, en Marino BARBERO SANTOS, «El bandolerismo en la legislación vigente», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIII, Fasc. II, mayo-agosto MCMLXX, páginas 253-286. También MASAVEU, trabajo citado en nota (1).

⁸ Sobre este delito, ver BARBERO SANTOS, trabajo citado en la nota anterior, págs. 281-282, quien recuerda que fue llamado «conminación» por Rafael SALILLAS, y el auge que tuvo en las postrimerías del siglo pasado. Disentimos del profesor de Valladolid en cuanto a la apreciación de que se trata de una modalidad delictiva prácticamente desaparecida: coincidiendo, en cambio, en sus restantes conclusiones, y en especial, con el carácter anticonstitucional de una pena que, extendién-

Pero, como se ha dicho, el terrorismo venía a coincidir con el propio del medio susceptible de producir estragos. El Decreto-Ley de 1947, dejando prácticamente sin contenido los arts. 260 y sigs. del Código, dedicaba sus arts. 1.º y 2.º a la regulación de estos delitos, con redacción gramatical más perfecta que el Texto de la Ley general⁹. Ambos preceptos fueron refundidos, sin alteración alguna, en el art. 3.º del Decreto de 1960. La Ley de 2 de diciembre de 1963 dio nueva redacción a su párrafo 2.º, para añadir el depósito de armas y municiones y la tenencia, fabricación, transporte o suministro de cualquier forma, de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas.

La acción se formulaba como tipo alternativo, consistente en «provocar explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, interrupción de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras». El verbo («provocar») expresaba claramente la idea de consumación; pero al sancionarse, a continuación y con las mismas penas, el hecho de «emplear cualesquiera otros medios o artificios ocasionados a grandes estragos», y, en el párrafo 2.º, «la mera colocación o empleo de sustancias, materias o artificios adecuados», se equiparaban a aquella las formas imperfectas de desarrollo. Se sancionaba también —desde la Ley de 2 de diciembre de 1963— la tenencia, fabricación, transporte o suministro de cualquier forma de las sustancias o aparatos, y el depósito de armas y municiones¹⁰.

La pena se fijaba en función de un doble resultado: La de muerte, como pena única, para los resultados de muerte; para cualquier otro resultado («en los demás casos») la de reclusión menor a muerte, pena que, por su desmesurada extensión calificativa RODRÍGUEZ DEVESA de arbitraria¹¹. Esta era también la correspondiente a los supuestos en que «no se produzca la explosión, incendio o efecto apetecido».

El tipo exigía —como elementos subjetivos del injusto—, alguno de los siguientes fines: atentar contra la seguridad pú-

dose desde seis meses y un día de prisión a muerte, resultaba prácticamente indeterminada en su formulación, y permitía, en su aplicación, un margen de arbitrio tal que atentaba gravemente al principio de seguridad jurídica.

⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», II, pág. 236, nota núm. 9.

Lo que exigía integrar el tipo con los arts. 257 y 258 del Código Penal.

¹¹ «Derecho Penal Español», II, pág. 247, nota núm. 27.

blica, atemorizar a los habitantes de una población o realizar venganzas o represalias de carácter social o político, o perturbar la tranquilidad, el orden o los servicios públicos», fines que, con diferente dicción, coincidían con los del Código, por lo que nos remitimos a lo dicho al tratar del mismo. Este requisito finalista excluía el delito culposo: las formas culposas de tenencia —junto a las amenazas del art. 263, si estas no eran condicionales— quizás fueran la única materia reservada a la Ley general.

Se establecía una excusa absolutoria para los que, hallándose comprometidos a realizar alguno de tales delitos, lo denunciaran antes de comenzar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias; y se atribuía la competencia para conocer de tales delitos a la Jurisdicción Militar, que debía actuar por los trámites del procedimiento sumarísimo¹², facultándola a inhibirse en favor de la Ordinaria cuando «por las especiales circunstancias de los hechos no revistieren éstos la gravedad suficiente para ser calificados como delitos de terrorismo o bandidaje y debieran serlo conforme a la legislación común»¹³.

III. LA REFORMA DE 1971.—La legalidad vigente, en la materia que estudiamos, viene determinada por las Leyes núms. 42 y 44, de 15 de noviembre de 1971¹⁴. Por la primera (vid. «supra»), se adiciona al Título IX del Tratado II del Código de Justicia Militar («Delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos»), a continuación del Capítulo I («Rebelión»), un Capítulo I bis, con la rúbrica de «Terrorismo», integrado por cinco artículos: los 294 bis a), b), c), d) y e). Por la segunda se realiza una amplia reforma del Código Penal¹⁵, uno de cuyos

¹² La Ley de 2-XII-63, introduce modalidades de naturaleza procesal.

¹³ Sobre esta cuestión se volverá al tratar de la legalidad vigente. Respecto a la ahora estudiada, ha sido censurada (vid. RODRÍGUEZ DE VESA, Parte Especial, I, pág. 342 y II, pág. 243) la solución simplista y de extraordinaria vaguedad e imprecisión dada a una cuestión, como la competencia jurisdiccional, que por ser materia de orden público, debiera haberse formulado en términos de claridad, precisión y certidumbre.

¹⁴ Publicadas ambas, en el «Boletín Oficial del Estado», núm. 274, de 16-XI-1971.

¹⁵ «Una nueva reforma parcial del texto vigente» —según la Exposición de Motivos— fundada en «la necesidad, por una parte, de acomodar nuestras leyes penales a lo establecido en otras leyes internas de reciente promulgación, o a lo convenido en Tratados internacionales suscritos por España, y en general, a la realidad social siempre en evolución, y la conveniencia, por otra, de perfeccionar, en lo posible el sistema...» «que en esta ocasión, afecta a los extremos siguientes: Protección penal de la persona y derechos del sucesor a la

objetivos lo constituye la Sección 2.^a del Capítulo XII, del Título II del Libro II. Además, la Disposición Derogatoria Dos de esta Ley núm. 44/1971, deja expresamente sin vigencia un considerable número de disposiciones legales, de las que interesa anotar aquí el Decreto de 21 de septiembre de 1960, así como las leyes que él mismo refunde, de 2 de marzo de 1943 y Decreto-Ley de 18 de abril de 1947; el Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968 y los arts. 1.^o y 2.^o de la Ley de 2 de diciembre de 1963.

Los actos de terrorismo, por lo que atañe a su represión penal, quedan escindidos, a partir de las citadas leyes, en dos grandes grupos, que son atraídos a cada uno de los Cuerpos legales citados, con la consiguiente competencia jurisdiccional, en base al siguiente criterio diferenciador: unas, son las actividades que se producen «no de modo episódico e individual, sino como acciones que provienen de grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia»¹⁶, otros, son «los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables»¹⁷. Estos, se regulan en la ley general y fueron objeto de examen en páginas anteriores; aquellas, han sido llevadas al Código Marcial, en tres artículos «que contemplan las tres manifestaciones más características del terrorismo: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar graves estragos, los ataques a las personas y los ataques a la propiedad»¹⁸; y constituirá el contenido de la parte final de este trabajo el estudio de los cinco artículos, tres de naturaleza sustantiva, dos de carácter procesal.

La Exposición de Motivos de la Ley núm. 42 declara que «el lugar en que se han situado los nuevos preceptos, dentro del Título IX del Tratado II —delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos—, y tras los correspondientes a la rebelión, resulta el más adecuado dentro de la normativa del Código de Justicia Militar». Al discutirse la Ley, en la Comisión de las Cortes¹⁹, se dijo por la Ponencia que «este tipo de

Jefatura del Estado, delito de genocidio, tráfico de estupefacientes, delitos contra la libertad religiosa, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, protección penal del trabajador, delitos de terrorismo, emisión de cheques en descubierto y rehabilitación del penado».

¹⁶ Exposición de Motivos de la Ley Núm. 42-1-1971.

¹⁷ Exposición de Motivos de la Ley núm. 42-1971, núm. 6.

¹⁸ Exposición de Motivos de la Ley núm. 42-1971.

¹⁹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento...», pág. 76, nota 23. (En adelante, las citas que se hagan de este autor, salvo que otra cosa se diga expresamente, se referirán al citado suplemento.)

terrorismo... no llega a la rebelión, pero está por encima de la sedición»²⁰. GÓMEZ CALERO²¹, tras señalar la ubicación del terrorismo «después de la rebelión y antes de la sedición», estima que «decida la incorporación de estos delitos al Código Castrense... el emplazamiento elegido es el más acertado». Pero la Circular de la Fiscalía Togada de 10 de junio de 1972²² da un paso más, y afirma la total identidad esencial entre la rebelión y los actos de terrorismo a que se refieren los nuevos preceptos incorporados al Código Marcial, con párrafos que merecen ser copiados literalmente:

«... la verdadera significación de los tipos delictivos adicionados a nuestro Código castrense, está en su propia naturaleza de delito militar por esencia, pues pese a su titulación «terrorismo» —de alcance vulgarizante más que técnico, acaso inspirado en su paralelismo con la Sección II del Capítulo XII Título II Libro II del Código Penal, del que es limítrofe diferenciado—, su verdadera alcurnia jurídica está en ser una de las formas de comisión del delito de rebelión militar, razón, sin duda, determinante de su colocación en el Código, bisando a su continuación, el Capítulo dedicado a dicho delito. Pues, en efecto, los tipos que la Ley 42/1971, incorpora al ordenamiento penal castrense, no son en el fondo, sino un alzamiento colectivo (organizaciones o grupos), armado y violento (característica de los actos encuadrados) contra las instituciones fundamentales de la Nación (unidad, integridad y Orden Institucional de la Patria) exactamente coincidente con la definición que del delito de rebelión militar, contiene el art. 286 del citado Código; de cuyo delito las nuevas formas incorporadas —subversión armada y violenta—, no son más que expresiones del modo o estilo actual adoptado

²⁰ Sin duda, se refería el señor López Medel a la sedición regulada en los arts. 218 y sigs. del Código Penal, como una de las modalidades delictivas que incide, perturbadoramente, en el normal funcionamiento de las instituciones públicas y del orden público (y que es, como dijo VIADA; en frase recogida en todos los Manuales, una a modo de rebelión en pequeño), pues la sedición militar se estructura en el Código de este orden —arts. 295 y sigs.—, como delito militar propio, sin relación alguna con los supuestos entonces discutidos.

²¹ Trabajo citado, pág. 450, vid. Bibliografía «supra», (Igual que se ha dicho en la anterior nota 23, cuantas citas se hagan, en adelante, del Doctor y Comandante Auditor GÓMEZ CALERO, lo serán con referencia al mencionado trabajo).

²² En adelante, «Circular de la Fiscalía Togada», o simplemente «Circular». Las Memorias de dicha Fiscalía se designarán simplemente «Memoria», con expresión de los años del período judicial correspondiente.

por la lucha contra las Instituciones, perfectamente asimilables a los números 2.º y 3.º del precitado art. 286 ya que efectivamente las organizaciones y agrupaciones a que alude la Ley 42-971, cuentan para la realización de los actos de subversión y terrorismo contra las Instituciones, con grupos militarmente organizados y entrenados, literal y conceptualmente comprendidos en los citados preceptos del Código de Justicia Militar».

Y añade a continuación:

«Como se ve la Ley precitada no adscribe nuevos tipos penales a nuestro Código fundamental, ni, por tanto, amplía el contenido competencial de nuestra jurisdicción..., sino que lo único que hace es desarrollar en forma más casuística y atemperada a los nuevos modos, individualizándolos y dándoles trato penal específico por separado, actos punibles típicos incluidos ya tradicionalmente, como delitos militares, en el Código de Justicia Militar, perfectamente incardinables tanto en los números 2 y 3 del art. 286 del actualmente en vigor, como en iguales números del art. 237 de su predecesor de 1890.»

La argumentación es sugestiva, en cuanto capta la esencia de las modernas formas de guerra subversiva (vid., «supra», pág. 10) —una de cuyas técnicas es el terrorismo—, y señala su sustancial identidad con la propia del delito de rebelión, en orden, principalmente, a justificar su inclusión en la Ley Militar, con la consecuencia jurisdiccional. Pero la identidad absoluta que se predica no es posible aceptarla, ni desde el Derecho constituyente ni desde el constituido. De «lege ferenda», y en términos muy generales, importantes sectores doctrinales²³, pretenden reducir el delito de rebelión militar a los límites del delito profesional —la rebelión de los militares— tal como lo hacía el Código Penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884 (arts. 106 a 111), sin perjuicio del ensanche jurisdiccional como consecuencia del estado de guerra; y autorizadas corrientes de opinión²⁴, en relación al tema que nos ocupa,

²³ Vid. Ruperto NÚÑEZ BARBERO, «Derecho Penal Militar y derecho penal común», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIV, Fasc. III, septiembre-diciembre MCMLXXI, págs. 713-767, como documentado —y, sobre todo, más reciente— estudio sobre la naturaleza y caracteres del Derecho Penal y Militar. Sobre el delito de traición, véase: MONTULL LAVILLA, en Revista Española de Derecho Militar, números 25-26, año 1968, págs. 9-54.

²⁴ GÓMEZ CALERO, pág. 454 y nota núm. 38.

han manifestado su oposición a que el mismo se atribuya de forma definitiva a la jurisdicción castrense. Desde la legalidad vigente —y sin volver atrás de lo dicho en orden a la identidad esencial de ambos delitos—, no puede olvidarse la trascendencia del requisito de la tipicidad, que, en el Derecho penal cumple, entre otras funciones, la de diferenciar figuras delictivas coincidentes en la protección de un mismo bien jurídico. Por otra parte, obsérvese que, en la rebelión, el núcleo de la acción es el alzamiento (público y en abierta hostilidad en el Código Penal; en armas en el Castrense), dato formal que absorbe, o cuando menos relega al olvido, otros resultados lesivos contra personas y cosas, lógicamente derivados de la lucha armada subsiguiente (pues «los delitos particulares» de que habla el art. 227 del Código Penal, los «comunes» del art. 292 del Militar, son los innecesarios, marginales o excedentes a los fines de la rebelión), en tanto que en los de terrorismo, de la Ley núm. 42, está en los concretos actos de violencia que en la misma se describen, mientras el esencialmente rebelde, que consistirá en el nacimiento y existencia del grupo u organización, se relega al campo de la asociación ilícita, como la propia Circular reconoce. Se argumenta, pues, con un «quid pro quo» entre la propia rebelión y los actos de su desarrollo. Finalmente, desde el punto de vista de la antijuricidad material, difícil será encontrar a los actos de terrorismo, y, en especial al de estragos, la causa de justificación supralegal que, desde Santo Tomás a Pío XI —y en España no puede olvidarse los nombres de Mariana, Suárez y Domingo de Soto—, explica, en la cultura cristiana, el tiranicidio, el derecho de resistencia y la insurrección legítima²⁵.

La incorporación de dichas formas de terrorismo al Código castrense, atribuye a las mismas el carácter de delitos militares²⁶, por fuerza de lo dispuesto en el art. 181 de dicho Código,

* Para una bibliografía sobre la materia, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, II, pág. 13, nota 25. Véase también el interesante trabajo «Aportaciones al estudio del delito de rebelión militar», de José María OLIVER NARBONA, Teniente Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico del Aire, correspondiente al Curso de Diplomas de Derecho Penal del año 1964, convocado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, y que se encuentra, mecanografiado, en la Biblioteca de la misma.

* No es, desde luego, uno de los delitos propios o típicamente militares. Sobre esta materia puede consultarse RODRÍGUEZ DEVESA, «Delito Militar», Nueva Enciclopedia Jurídica, VI, pág. 597; el mismo, de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Valladolid, 1961, páginas 25-48; Ruperto NUÑEZ BARBERO, trabajo citado en nota 25 (Este trabajo, que corresponde a la conferencia pronunciada por su autor el

cuyas normas —art. 257, párrafo 2.º—, serán de aplicación preferente sobre las del Penal. Y tienen también el carácter de delitos políticos, revelado por la rúbrica del Título de su ubicación y el bien jurídico que esencialmente se trata de proteger —unidad de la patria, integridad de sus territorios y orden institucional²⁷—, y expreso en las primeras palabras («la defensa del Estado») del Preámbulo de la Ley núm. 42 de 1971.

Los demás caracteres de los delitos estudiados se señalarán al analizar sus formas típicas; en esta preliminar exposición interesan tan sólo los apuntados, y en especial, el de delito militar, que nos lleva a la cuestión de la competencia jurisdiccional. La ley, tras los tres preceptos de carácter penal sustantivo, contiene otros dos, relativos a materias de competencia y procedimiento: son los arts. 294 bis d) y e), a que vamos a referirnos a continuación.

Comenzando por el examen de este último —aunque se haga muy de paso, pues lo ha sido con gran detalle por GÓMEZ CALERO²⁸— debemos anotar, aparte de su colocación asistemática en la estructura del Texto legal²⁹, lo supérfluo de su contenido, salvo en cuanto se refiere a la intervención de partes letradas —Fiscal y Defensor— en las hipótesis de procesados exclusivamente militares o en las de procedimiento sumarísimo. Pero esta contingencia —que, por otra parte, no constituye novedad, pues ya se estableció por la Ley de 2 de diciembre de 1963 (art. 2.º, que reforma otros del Decreto de 21-IX-60)— pudo hacerse mediante retoques o excepciones en sus lugares propios (arts. 145, 146, 147, 154 y 927), o mediante una radical reforma del Código, que las más superficiales concepciones jurídicas demandan como perentoria. En todo lo demás, la superfluidad del precepto legal (sin el cual se llegaría a la misma solución que proclama), no es sino el latente testimonio —pese a los esfuerzos que hace por negarlo la Circular de la Fiscalía Togada— de la vinculación existente entre la regulación actual y la excepcional precedente, de la que aquella viene

día 16 de marzo de 1971, en un ciclo que tuvo lugar en la Universidad de Salamanca, ha sido editado también, aunque sin notas, por la Facultad de Derecho de dicha Universidad, en julio del año mencionado).

²⁷ «Aparte de ello, cada uno de estos preceptos sustantivos reconoce, como objeto secundario de protección, otros bienes jurídicos: paz pública, persona, propiedad» (GÓMEZ CALERO, pág. 450, nota 23).

²⁸ Págs. 492-496.

²⁹ GÓMEZ CALERO, pág. 456.

a ser continuadora, lo que no impide reconocer el radical cambio operado en su estructuración legal.

En orden a la competencia, la de la Jurisdicción Militar para conocer de los nuevos delitos incorporados a su Código privativo, resulta del art. 6.º, núm. 12, del mismo, y no del llamamiento expreso que se hacía en la legislación anterior. Pero, al igual que en ésta (art. 9.º del Decreto-Ley de 1947; art. 8.º del Decreto de 1960), se conserva (art. 294 bis d), la facultad de inhibición de aquella, en favor de la Ordinaria «cuando por razón de las circunstancias de los hechos, cualquiera que sea su entidad, decida que no se dan las condiciones específicas para su inclusión en los artículos anteriores». La inhibición no está dispensada de los trámites que en el Capítulo único, Título I, Tratado III del Código de Justicia Militar se exigen para las cuestiones de competencia³⁰. Por ello, GÓMEZ CALERO³¹ distingue «dos actos perfectamente diferenciados, que no pierden su sustantividad respectiva por el hecho de que puedan formalizarse en una misma resolución: son, la «decisión» de que los hechos no reúnen las condiciones específicas para su inclusión en aquellos preceptos penales, y la «inhibición» en favor de la Jurisdicción ordinaria». Ahora bien, si la distinción conceptual es clara, no es menos evidente que el primer acto interfiere y condiciona al segundo, y hasta deroga las normas que regulan la tramitación de las cuestiones de competencia, las que deben ser, siempre y en última instancia, diferibles a un Tribunal Superior. Al comparar la redacción actual con la anterior (Decreto de 1960, art. 8.º) se observan alteraciones en la expresión gramatical: así, este último Decreto condicionaba la facultad inhibitoria a que los hechos, por sus especiales circunstancias, no revistieran la gravedad o características adecuadas para ser calificados con arreglo al mismo y debieran serlo conforme a la legislación común; ahora, la primera impresión, de mayor certeza y seguridad jurídica, que se recibe al leer que el texto requiere el que no se den, en

³⁰ «En este sentido —único recogido en el texto positivo de la Ley— debe entenderse el párrafo segundo de su Exposición de Motivos. No en la dispensa del formalismo procesal que regula el planteamiento y sustanciación de las declinatorias o inhibitorias, como erróneamente, en algún caso, se ha entendido» (Circular de la Fiscalía Togada). En igual sentido GÓMEZ CALERO, pág. 488. El Preámbulo de la Ley, en cambio, resulta turbador al declarar que «la rapidez y ejemplaridad necesarias para la persecución y sanción de delitos de tanta importancia y trascendencia, obligan a evitar competencias que dificultarán aquellos propósitos».

³¹ Pág. 487.

los hechos, «las condiciones específicas», es decir, la realización del tipo —con el carácter de provisionalidad que, desde luego, ha de tener todo acto procesal anterior a la Sentencia—, se desvanece al observar que la facultad de decidir —y hasta sin necesidad de atender a la gravedad de los hechos, «cualquiera que sea su entidad»— se deja al exclusivo arbitrio de la Autoridad judicial militar. Y este primer acto decisorio, o esta primera parte del acuerdo competencial, no puede ser discutido por la Jurisdicción Ordinaria para rechazar la inhibición. Así opinan GÓMEZ CALERO³² y RODRÍGUEZ DEVESA³³; así se expresa en la Circular de la Fiscalía Togada³⁴; así resulta del propio texto de la Ley y de su Preámbulo³⁵, y así se pronunció la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, en un buen número de Autos³⁶, que dictados para la legalidad anterior, siguen siendo válidos para la presente, sustancialmente idéntica.

RODRÍGUEZ DEVESA³⁷ advierte, censurándolo, que «en una decisión unilateral... se decide coetáneamente un problema de concurso de leyes». GÓMEZ CALERO³⁸ atribuye a esa decisión la función de «calificación negativa», pero añade³⁹, que la misma no vincula a la Jurisdicción ordinaria, pudiendo ésta —si llegare el caso, que considera difícil— «subsumir la actividad criminal enjuiciada en las propias normas sustantivas que el Código de Justicia Militar dedica al terrorismo y que la Autoridad Judicial Militar, a efecto de competencia, declaró inaplicables». Permítasenos disentir de tal conclusión, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1.º y 2.º del Código de Justicia Militar, a cuyo tenor, sus normas sólo son aplicables por los Tribunales y autoridades que él mismo establece; así lo tiene declarado, en repetidos Autos acordados, el Consejo Supremo de Justicia Militar (principalmente con referencia al art. 206 del C.J.M.), y así lo ha declarado la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de febrero de 1945⁴⁰. Aparte de que,

³² Págs. 487 y 488, quien la llama «actuación trascendente».

³³ Pág. 79, quien la califica de «decisión unilateral».

³⁴ Que la denomina «potestad decisoria».

³⁵ Vid., «supra», nota núm. 30.

³⁶ Vid., en GÓMEZ CALERO, pág. 489.

³⁷ Pág. 79.

³⁸ Pág. 488.

³⁹ Págs. 491 y 492.

⁴⁰ «Los Tribunales ordinarios no pueden juzgar infracciones de preceptos del Código de Justicia Militar ni de un Bando de las Autoridades Militares» (Sent. Sala 2.ª, de 6-2-45; citada por Medina y Marañón, «Leyes Penales», Reus, Madrid, 1947, nota 2-1 al art. 2.º C.J.M.).

un examen detenido de ambos Códigos, excluye totalmente tales hipotéticos supuestos. Puede ocurrir, ciertamente, que unos hechos tenidos «prima facie» como delito —y determinantes de actuaciones judiciales— no lo sean, lo que conducirá a la sentencia absolutoria, o al sobreseimiento libre, en una y otra jurisdicciones. Puede ocurrir también, que unos hechos que, en un principio, parezcan incardinables en el Código Marcial, resulten, a la hora de la sentencia, meramente constitutivos de delito común, lo que exigirá al Tribunal Militar, que no puede abstenerse de juzgar, aplicar el Código general. Pero lo que no es posible, en ningún caso, es que una conducta con contenido punible capaz de cumplir el tipo de una de las figuras de terrorismo del Código de Justicia Militar, no pueda también, por el principio de subsidiariedad, o por el de alternatividad, subsumirse en otras hipótesis del Penal, ya sean éstas las de terrorismo, ya las que regulan los delitos contra las personas, la honestidad, la libertad y seguridad o la propiedad. Entonces, sentada la incapacidad (no como mero exceso competencial, sino como ilegalidad insubsanable, con nulidad radical: art. 4.º, del Código civil) de la Jurisdicción Ordinaria para aplicar la Ley castrense, la decisión de la Autoridad judicial militar, la «calificación negativa» de que habla GÓMEZ CALERO, opera no sólo sobre los aspectos procesales, sino sobre la propia sustantividad punible, si, por cualquier causa, aquella no resultare ajustada a Derecho, viniendo a ser una auténtica condición objetiva de punibilidad, es decir, una causa exterior a la acción típicamente delictiva, que impide que ésta, pese a su realidad ontológica, no se condene como tal. No es ya una condición objetiva de perseguibilidad, al modo que la sentencia o el auto firme de sobreseimiento lo es para el delito de acusación o denuncia falsa (art. 325 Código Penal); no es un óbice procesal, pues la Jurisdicción ordinaria procederá por aquellos mismos hechos, y hasta sancionará, en base al Código Penal —con el efecto, desde luego, de cosa juzgada—; pero el delito de terrorismo del Código de Justicia Militar, realmente existente aunque la competencia se resigne, quedará sin punir como tal, con su específica pena, a consecuencia de la decisión inhibitoria, libremente adoptada.

Dejando para su estudio separado los tipos de delitos de terrorismo introducidos en el Código Militar por la reforma de 1971, concluiremos este apartado con unas consideraciones sobre la derogación, por efecto de la misma, de la legislación

especial anterior. La del Decreto de 21 de septiembre de 1960 —y de las leyes que el mismo refunde— se establece en la Disposición Derogatoria Dos de la Ley núm. 44. En el Proyecto de Ley núm. 42 se contenía una cláusula derogatoria del citado Decreto «que duplicaba la previsión...» «por lo que, aún aprobada en la Comisión de Defensa, fue suprimida en el dictamen de la Comisión, rectificando así lo que hubiera sido un horrible error de mera técnica legislativa»⁴¹.

La primera consecuencia de tal derogación —ello es claro— es dejar sin efecto para el futuro⁴², los preceptos de la Ley de excepción. En adelante, muchas de sus hipótesis (rebelión, robo con armas de fuego, secuestro de personas, bandidaje y figuras afines), o dejan de ser delito (por ejemplo, el auxilio al bandidaje no constitutivo de complicidad ni encubrimiento), o pasan a residenciarse en otros preceptos penales (asociación ilícita, propaganda ilegal, robo, detenciones ilegales, amenazas, asociación para cometer el delito de robo, etc.), sin perjuicio de que puedan también incardinarse en los vigentes arts. 294 bis b) y c), si se dan los requisitos exigidos por los mismos. Queda, no obstante, pendiente el problema de la ultra-actividad de la Ley derogada, para juzgar los hechos producidos durante su vigencia y mantener la eficacia de las condenas ya impuestas por aplicación de la misma; problema no nuevo, sino peculiar de toda Ley temporal, y que el Consejo Supremo de Justicia Militar⁴³ resolvió en el sentido de negar la aplicabilidad de la Ley beneficiosa posterior, por no estar ante supuestos de «simple derogación de una Ley por otra posterior más benigna, por un simple cambio de criterio del legislador», «en razón a una evolución de criterios que informan el proceso legislativo normal, que es lo determinante del principio de retroactividad de la ley más favorable», sino en presencia de actividades que, en su momento, «tenían una especial significación y entidad, esencialmente condicionadas por... circunstancias de peligro» (gravedad, trascendencia, peligro, alarma social e incluso daño efectivo a las Instituciones encargadas de garantizar la seguridad de la Patria: Auto 18-I-73), que adquirirían el carácter de «elementos reales del delito», «de tal forma que, desaparecida aquella compleja situación de emer-

⁴¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 75.

⁴² Las dos Leyes, publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» del día 16, entraron en vigor, tras el plazo ordinario de «vacatio», el día 6 de diciembre de 1971.

⁴³ Sentencia de 23-V-73; Autos de 28-VII-72, 4-X-72, 9-XI-72 y 18-I-73.

gencia, conducta idénticas, aparente pero no realmente, por ausencia de aquellas relaciones fácticas, revisten formas delictivas diferentes, encajadas en la Ley común». Esta solución, dialécticamente sugestiva e ingeniosa, tropezará siempre con el art. 208 del Código de Justicia Militar, salvo que se establezca la retribución como fin esencial y único de la pena; fin que, en sus propios términos, le niega el precepto citado, inspirado, desde luego, en la razón de justicia, pero a través del cual se manifiesta, también, la voluntad pragmática del legislador de evitar toda punición que carezca de utilidad actual. No obstante —repetimos— el problema está en la contradicción interna que lleva en sí toda Ley temporal, en su propio germen caducario, puesto de manifiesto en el Auto de 18 de enero de 1973, y que constituye su más sólido argumento: «Por último, admitida constitucionalmente la posibilidad legal de un Derecho excepcional temporal, sería un contrasentido determinar apriorísticamente su total ineficacia, estableciendo de antemano la anulación fatal de sus previsiones rigoristas llegada la fecha de su caducidad».

El mismo art. 294 bis a), cuya afinidad con el 3.º del Decreto de 1960, por razón del medio instrumental es innegable, se formula con una estructura totalmente nueva, por la exigencia del grupo u organización subversiva, y la de fines no exactamente coincidentes con los antiguos. Así, buen número de actos, sujetos al Decreto durante su vigencia, lo estarán, a partir de la reforma, a las disposiciones del Código Penal y a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria⁴⁴; pero otros, seguirán sometidos a la Jurisdicción Militar, ahora por aplicación de su Código privativo. Y, en este punto, surge la cuestión de si los delitos incorporados a tal Código bajo la rúbrica de «terrorismo», siguen teniendo o no el carácter de Derecho excepcional, que tenían en la legislación derogada. O, dicho con otras palabras, si la inclusión de los mismos en el Código castrense —Ley especial, no excepcional— es suficiente para conformar su naturaleza esencial.

Aceptamos, de la Circular de la Fiscalía Togada, que la nueva normativa no es, respecto a la antigua, «un residual sucedáneo». Ello lo hace evidente la diferente estructura de los tipos, como tan repetidamente se ha dicho, y no el que se incluyan o dejen de incluirse en el Código. Pero la inclusión no

⁴⁴ Juzgado y Tribunal de Orden Público: Disposición Adicional de la Ley núm. 44/1971.

produce, por sí sola, la pérdida del carácter de Derecho excepcional que puedan tener los preceptos vigentes, por su propia esencia y aunque sean distintos de los antiguos en su formulación. Una ley excepcional puede ser sustituida por otra ley excepcional, y la voluntad del legislador, al elegir uno u otro formato o esquema, no basta, por sí sola para alterar, taumáticamente, su naturaleza esencial.

La citada Circular, con el propósito de justificar la competencia jurisdiccional, niega a la nueva ordenación el carácter de Derecho excepcional, y argumenta sobre la identidad de esencia entre terrorismo y rebelión, sobre el carácter especial, no excepcional, de la Ley militar, y el de su Jurisdicción, proclamado por el art. 32 de la Ley Orgánica del Estado, sobre la misión atribuida a las Fuerzas Armadas por el art. 37 de esta misma Ley. En cuanto al delito de rebelión, como delito que no es de los típicamente militares, ya hemos tratado antes (vid. «supra», pág. 46 y notas 25 y 28); si, por reforma legal, volviera a ser la rebelión militar, como lo era en el Código de 1884, una «rebelión de militares», en nada sufriría el art. 32 de la Ley Orgánica, ni tampoco el Código, sino que, por el contrario, se perfilaría más nítidamente su carácter de Ley especial. La función que el art. 37 de la misma Ley Orgánica atribuye a las Fuerzas Armadas —de garantizar la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios y la defensa del orden institucional— se refiere —como muy bien dice GÓMEZ CALERO⁴⁵— «a la actividad disuasoria o bélica, que es propia de aquellas, pero no a la función jurisdiccional... que —accesoria o complementaria para los Ejércitos— es específica del Poder judicial».

La tesis de la Circular encuentra ya fisuras en la paladina declaración de provisionalidad —la provisionalidad es la característica esencial del Derecho excepcional— hecha en el Preámbulo de la propia Ley núm. 42/1971 («en tanto se practica la reforma general en estudio del Código de Justicia Militar»). La facultad decisoria del artículo bisado d), y las excepciones procesales del que le sigue —excepciones de una ley especial— son también sintomáticas. La duplicidad legislativa es siempre indicio de excepcionalidad⁴⁶, y un acicate a modos de investigación intuitiva, en cuyo medio, la intuición

⁴⁵ Pág. 455.

⁴⁶ Vid. MONTULL LAVILLA, con referencia al delito de traición, en el trabajo citado en nota núm. 23. Vid. TERUEL CARRALERO, «La pluralidad legislativa, etc.», citado en Bibliografía.

jurídica nos advierte que la inclusión de la materia en una Ley de carácter estable, como lo es el Código de Justicia Militar, no basta para cambiar la naturaleza de las cosas, teniendo perennidad la sentencia de Horacio: «Naturam expellas furca, tamen usque recurrent».

Tras las anteriores consideraciones, generales de la Reforma, pasamos —y con ello ponemos punto final a este trabajo— al examen de las figuras delictivas que, bajo la rúbrica de «Terrorismo», introdujo, la Ley 42 de 1971, en el Código de Justicia Militar.

EXAMEN DE LAS FIGURAS DE TERRORISMO DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR.—Ya hemos dicho que tres, los tres primeros, de los cinco artículos incorporados al Código Castrense por la Ley núm. 42 de 1971, son de naturaleza sustantiva: en ellos —como dice el Preámbulo de la misma Ley— «se contemplan las tres manifestaciones más características del terrorismo: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar grandes estragos, los ataques a las personas y los ataques a la propiedad. RODRÍGUEZ DEVESA, utiliza las denominaciones de: a) Estragos terroristas; b) Atentados contra las personas con fines terroristas; y c) Atentados contra la propiedad con fines terroristas. Nosotros utilizaremos la terminología de «estragos terroristas» o simplemente «estragos», «atentados contra las personas» y «atentados contra la propiedad»; la primera por tratarse de un término ya consagrado en el vocabulario propio de la materia, y porque, como se verá, la alteración de la paz pública no es exigencia de una de las dos hipótesis contenidas en el art. 294 bis a); las otras dos, por razones simplificadoras, aparte de que, los fines consignados en el art. bis c), no son, al menos directamente, terroristas, sino sólo mediatamente, para potenciar los medios del grupo u organización.

En cada una de estas tres figuras se contienen dos tipos, que, para GÓMEZ CALERO, son siempre, un delito base y un tipo cualificado. RODRÍGUEZ DEVESA en cambio, estima diferentes las estructuras de la figura de estragos y de las otras dos, y distingue, en la primera, un tipo básico y un tipo cualificado, en tanto que en los atentados —contra las personas y contra la propiedad— establece la diferencia entre un tipo simple o básico y un tipo o delito complejo. Además, la figura de estragos, como se verá al tratar del acto, admite dos hipótesis; una de las cuales no admite formas cualificadas.

Sin más preámbulos y conforme al propósito anunciado al principio de este trabajo —vid. «supra»—, pasamos al examen de estas figuras penales.

1. *El sujeto.*—La contemplación del sujeto activo, es decir, de la persona que realiza la acción descrita en las definiciones legales, plantea las cuestiones relativas a la correcta catalogación de las figuras que se estudian dentro de las clasificaciones de delitos en comunes y especiales («delicta propria»), por una parte, y unipersonales y pluripersonales⁴⁷, por otra.

El estudio del sujeto de la acción es cuestión distinta de la de autor del delito, pues mientras éste pertenece a la teoría de la participación, aquél corresponde a la tipicidad⁴⁸, de tal forma que, aún cuando sujeto activo y autor coincidan normalmente —es el caso del art. 14-1.º del Código Penal; art. 196-1.º del de Justicia Militar— son, conceptualmente, diferenciables (supuestos de autoría mediata, inducción y auxilio necesario). Las materias de autoría y participación, por su carácter general, excederían los límites propios de estas páginas⁴⁹, en las que, las consideraciones siguientes, se referirán al sujeto de la acción. No obstante —y aunque suponga disgresión— parece este lugar el más oportuno para hacer dos advertencias relativas a la participación: 1.ª) Que, si bien las construcciones doctrinales hechas para el Código Penal pueden servir para el Castrense, con idéntica redacción los arts. 12 y 14 del primero y 195 y 196 del segundo, hay diferencias importantes en orden a la complicidad (arts. 16 y 198, respectivamente) y al encubrimiento (arts. 17 y 109)⁵⁰; 2.ª) Que el encubrimiento, en el Código Penal y en relación con los delitos de terrorismo, para castigar, respecto de ellos, el favorecimiento personal, fue objeto de la Ley núm. 44/1971, que los añadió a la circunstancia 2.ª, núm. 3.º, del art. 17; lo que fue omitido, en cambio, en la

⁴⁷ La doctrina italiana —GRISPIGNI, en especial— utiliza la terminología de delitos monosubjetivos y plurisubjetivos.

⁴⁸ Véase en J. DE ASUA, III, págs. 694, 695 y 700: referencias (del tipo) al sujeto activo, por las que los mismos «no dejan de tener naturaleza normal, de mera descripción objetiva»; elementos subjetivos que hasta pueden ser «rigurosamente necesarios en el trazado descriptivo de la figura típica». Véase también Antón ONECA, I, pág. 185.

⁴⁹ La materia se trata en todos los Manuales, Tratados y Comentarios. Un estudio extenso, profundo, y sobre todo, muy actual, en CÓRDOBA y RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentarios...», I, págs. 800-941.

⁵⁰ Puede consultarse Fernando DE QUEROL Y DURÁN, «Principios de Derecho Militar Español», II, Editorial Naval, Madrid, sin fecha, ¿1949?, páginas 117-121.

Ley núm. 42, para la paralela reforma del Código de Justicia Militar; indisculpable olvido, manifestación grave de incuria de la Cámara legislativa, a que hubo necesidad de proveer posteriormente por medio de la Ley de 17 de marzo de 1973 ⁵¹.

Volviendo al hilo del tema, examinaremos a continuación las cuestiones que el sujeto activo sugiere.

A) «*Delicta propria*» y grupo u organización.—Toda referencia legal al sujeto, produce, desde la tipicidad, efectos restrictivos; y, si esta referencia o añadido versa sobre cualidades o condiciones del mismo, al tiempo que delimita, estrechándola, la figura de delito, excluye de la capacidad para serlo, por consecuencia lógica, a todas aquellas personas («extranei») en quienes no se dan tales condiciones o cualidades. Realiza, entonces, el tipo una función discriminatoria en el sujeto genérico del delito, que conducirá a la clasificación de las infracciones en delitos comunes y especiales; y, como la especialidad puede derivarse también de factores distintos del sujeto —haciendo equívoca la terminología— se viene utilizando, a partir de las elaboraciones de NAGLER en Alemania y de BETIOL en Italia, la denominación de delitos propios.

No es ocasión de detenerse en el análisis detenido de esta categoría de infracciones; pero no puede menos de indicarse la trascendencia de la misma en el Derecho Penal militar, hasta el punto de que, en base a ella, puede construirse la teoría de los delitos típicamente militares: aquellos —sedición, insulto a superior, desobediencia, deserción, etc.—, a los que calificó RODRÍGUEZ DEVESA ⁵², de «columna vertebral del Código de Justicia Militar y base permanente del Derecho Penal castrense». La doctrina del delito propio venía a crear, dentro del Derecho punitivo, una parcela de derecho profesional o corporativo, con utilidad derivada de un congruente e integral desarrollo normativo para las especiales infracciones comprendidas en ella ^{52 bis}; pero, la prodigalidad con que se encuentran

⁵¹ «Boletín Oficial del Estado», núm. 69, del 21 de marzo de 1973. Durante más de un año se dio el contrasentido de inmunidad para los encubridores de las formas de terrorismo consideradas como más graves, y de enjuiciamiento y sanción para las más leves; inmunidad que, además y con flagrante desprecio de la seguridad jurídica, desaparecería en cuanto la Autoridad Judicial Militar hiciera uso de las facultades inhibitorias del art. 294 bis d).

⁵² «Delito militar», Nueva Enciclopedia Jurídica, citado nota 28.

^{52 bis} Los términos derecho profesional y corporativo adquirieron un sentido ideológico peyorativo, quizás justificado por el abuso que, en otros tiempos, se hizo del privilegio como fuente de un derecho especial, pero que no deben seguir teniéndolo, y que desde luego, no se

en la Ley las referencias al sujeto activo —parentesco, servicio, estado civil, nacionalidad, etc.—, la privan de aquella virtualidad y hasta hacen difícil una construcción unitaria⁵³.

En los delitos que estamos estudiando, la referencia al grupo u organización sugiere, en seguida, la idea de «delicta propia» que se ha expuesto. Pero ello es sólo aparente: en primer lugar, la figura de los atentados contra la propiedad (bis c), no exige ni la pertenencia a aquel ni la actuación a su servicio; en segundo lugar, respecto de las otras dos especies, cabe la posibilidad de que la actuación se limite a un servicio ocasional, y con ella la absoluta fungibilidad del sujeto, que es carácter de los delitos comunes. Sólo una concepción amplísima de los «delicta propia» permite considerar como tales los de terrorismo que se examinan. Sin embargo, forzoso es reconocer que, en los de estragos y atentados contra las personas, el tipo exige en el sujeto, por pertenencia o servicio, una relación con la organización o grupo.

El grupo u organización, como ya hemos visto, viene a ser el eje de toda la estructura legal. Presidió la elaboración legislativa, y se insertó en las formulaciones típicas con trascendencia tal que no cabe omitir su examen; examen que estimo procedente en esta ocasión, al tratar del sujeto, porque sujeto y grupo son dos elementos típicos interdependientes. Sociológica, criminológicamente, la organización o grupo adquiere relevancia sobre el sujeto, y normalmente, vendrá a ser el verdadero autor, a través de un proceso de ideación, planeamiento y encargo, del delito que el sujeto meramente ejecuta. Jurídicamente, la responsabilidad penal es individual, lo que destaca la figura del sujeto —independientemente de la que, por autoría mediata o inducción, pueda alcanzar a los miembros del grupo, no ejecutores—; pero la propia organización conserva una doble función tipológicamente trascendente: por una parte caracteriza al sujeto, miembro o servidor; por otra, colorea teleológicamente la acción del sujeto, tiñéndola de sus propias finalidades.

le da en esta ocasión; por lo que —puede ser que con exceso de suspicacia, por lo que se piden disculpas—, por medio de esta nota se sale al paso de posibles errores ideológicos —toda ideología es errónea: ya desde Rogerio BACÓN, los ídolos anulan la mente, interponiéndose entre ésta y las cosas, ciegan impidiendo ver la verdad de las mismas— o de interpretaciones tergiversadoras.

⁵³ Sobre el concepto relativo del delito propio, vid. NÚÑEZ BARBERO, *tabajo* citado, notas 104 y 106, págs. 736 y 737.

Así, el elemento finalista del grupo u organización está presente, como exigencia ineludible, en las tres figuras de terrorismo, y expreso en las fórmulas legales: atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, según la redacción del art. bis a) y las referencias al mismo de los dos siguientes. Normalmente, como es lógico, coincidirán los fines de la organización y los del sujeto; es más, el art. bis b) exige en el sujeto, aparte de los del grupo, fines coincidentes u otros específicos. Pero pueden darse también hipótesis con divorcio de motivaciones y finalidades entre la organización servida y el sujeto servidor; por ejemplo, el crimen sicario. Sobre esta materia se volverá más adelante, al tratar de la antijuridicidad —elementos subjetivos del injusto— y de la culpabilidad. Ahora interesa tan sólo dejar constancia de que el grupo u organización ha de tener una especial razón de ser finalista como requisito tipológico: fines distintos de los consignados, trasladarían el hecho terrorista a la Ley común.

Otro requisito del grupo es la permanencia. Este requisito de estabilidad venía siendo postulado tradicionalmente por la doctrina, al tratar del delito de asociación ilícita que, actualmente, regula el Código Penal, en sus arts. 172 y sigs., por lógica derivación de la propia esencia del fenómeno asociativo y de los objetivos de la asociación política, como empresa ardua y larga a la que sirven muy poco las situaciones interinas y las uniones pasajeras; y deviene una exigencia legal, a través de una interpretación lógica del art. 513, al asegurar, con norma de carácter excepcional, que no quede impune la asociación para cometer el delito de robo, aunque la misma sea pasajera o transitoria, precepto inútil si la provisionalidad bastara para toda especie asociativa. Pero, además, respecto de los grupos u organizaciones a que se refieren los delitos que estudiamos, el «carácter de mayor permanencia», se declara expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley.

Por último, no puede omitirse una referencia a la misma esencia del grupo. La afirmación de que el mismo es, por definición, plural, resulta a un tiempo supérflua por su evidencia e inútil por su ambigüedad. Porque, ¿cuál ha de ser el número mínimo de personas exigible para entender existente el grupo u organización? ¿Son suficientes dos? ¿Tres como en el art. 513? ¿Cuatro como en la cuadrilla: art. 10-13.º? ¿Diez, como en el delito de rebelión militar, cuya identidad con el terroris-

mo proclama la Circular de la Fiscalía Togada? La solución no se encuentra ni en éstos, ni en ningún otro precepto legal. El equivalente a la agravante de cuadrilla en el Código Castrense (art. 187-11.^a) se integra con sólo dos personas. El antes citado art. 513 del C.P., al barajar los datos de número y permanencia, tampoco da soluciones inequívocas. Respecto de la rebelión militar (art. 286, núm. 2.º C.J.M.), aparte de que esa equiparación absoluta no se encuentra en la expresión legal —vid. «supra», pág. 46—, y que la misma pudiera conducir a soluciones peligrosas desde el punto de vista de la defensa social, el núm. 3.º del citado artículo nos vuelve al punto de partida al permitir supuestos en que el número de agrupados sea menor de diez. En realidad, el grupo u organización, que es en sí mismo adscribible —con independencia de los actos de terrorismo que cometan sus miembros o servidores— a los tipos penales de la asociación ilícita, donde —art. 173-2.º— incluso se reproduce literalmente alguno de los fines, y, desde luego, pueden comprenderse todos, adolece del mismo defecto de incertidumbre en estos que en aquellos delitos; grave defecto en cuanto a la función de garantía de la seguridad jurídica, esencial a la tipicidad. Así, no cabe otra solución que dejar el dato numérico a la intuición judicial, al modo de esos otros elementos de necesaria valoración empírico-cultural, muchas veces presentes en los tipos penales, que suelen estudiarse junto a los elementos normativos⁵⁴; y, desde luego, aceptar la doctrina jurisprudencial que pueda elaborarse para las asociaciones ilícitas, carácter que tienen los grupos y organizaciones terroristas, con independencia de sus concretas actuaciones⁵⁵.

B) *Delito unipersonal*.—Son delitos pluripersonales aquellos que exigen, necesariamente, la condición plural del sujeto activo; de tal suerte que, si el sujeto de la acción no aparece configurado en tal forma, el delito no existe por falta de inadecuación típica. Ciertamente que, en la mayoría de las infracciones el sujeto puede presentarse, indistintamente, como formado por una sola persona, o por varias que en él participan —teo-

⁵⁴ Vid. J. DE ASUA, III, págs. 778-781.

⁵⁵ La Circular de la Fiscalía Togada dice: «Quedan igualmente fuera del ámbito penal militar, y por tanto, no corresponde a esta Jurisdicción su conocimiento, los delitos resultantes de la organización, afiliación, propaganda, ayuda económica, reuniones o manifestaciones públicas, sean o no pacíficas, de las agrupaciones expresadas, todos cuyos hechos tienen su sanción correspondiente en el Código Penal y su persecución incumbe a la Jurisdicción de Orden Público».

ría de la codelinuencia—; pero —como dice el profesor BARBERO SANTOS—, en la participación, la intervención de varias personas es eventual o contingente, mientras en el delito pluripersonal, la existencia de dos o más sujetos es esencial para la sustantividad de la figura típica, es elemento constitutivo de ella⁵⁶. A tal categoría —respecto de la cual hizo fortuna, en Alemania y fuera de ella, la expresión, allí acuñada, de «delitos de convergencia» (Konvergenzdelikte)⁵⁷— pertenecen los de rebelión, común y militar (arts. 214 C.P.; art. 286 C.J.M.), la sedición común (art. 218 C.P.) y la sedición militar (art. 295 C.J.M.), en cuya configuración impuso el legislador, como requisito «sine qua non», ya en forma indeterminada, ya exigiendo un número mínimo, la necesidad de actuaciones personales varias, convergentes a la realización de la conducta típica.

Pues bien, la designación del sujeto activo en forma plural («los que»), en las tres figuras de terrorismo incorporadas al Código Marcial, suscita la cuestión de si el legislador se propuso, conscientemente, su configuración como tipos plurisubjetivos, necesariamente pluripersonales. Cuestión que mantiene el Preámbulo de la Ley 42/1971 —al excluir de la competencia de la Jurisdicción Militar, y, por tanto, de su ordenamiento penal privativo, las actividades que puedan producirse «de modo episódico e individual»—; que aviva la Exposición de Motivos de la Ley núm. 44 —«comprendiendo la represión penal por parte del Código (Penal) los actos terroristas realizados individualmente...»—, y arrecia la opinión de la Ponencia —ya citada parcialmente, vid. «supra», pág. 5 y notas núm. 21 y 22—, al responder a una enmienda, en ocasión de discutirse, en la Comisión, el Proyecto de Ley núm. 42 de 1971: «Y vean ustedes la enorme diferencia entre un sujeto individual y lo que contempla este otro tipo de terrorismo»⁵⁸.

Pese a todo ello, no es posible atribuir a los delitos que se estudian el carácter de necesariamente plurisubjetivos. En primer lugar, la designación del sujeto plural («los que»), no es sino una manifestación más de la imprecisión técnica legislativa al respecto, frecuente en las leyes penales⁵⁹. Por otra

⁵⁶ Trabajo citado, pág. 258.

⁵⁷ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», Parte General, pág. 670; respecto del delito de rebelión, Parte Especial, II, pág. 173.

⁵⁸ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 76, nota 23.

⁵⁹ Marino BARBERO SANTOS, trabajo citado, pág. 256. A los ejemplos que a título ilustrativo, se mencionan allí (arts. 129, 149 y 157 del C. P.), podemos añadir, dentro del de Justicia Militar, los siguientes: «los que se resistieren a obedecer órdenes de centinela o fuerza armada» (art.

parte, el inciso «no de modo episódico e individual», en el Preámbulo de la Ley 42/1971, sólo de modo aparente desdice la afirmación hecha, reafirmandola, en cambio, si se examina detenidamente en su contexto; y ello, no sólo por su formulación copulativa —no disyuntiva—, que exige, además del acto individual, el episódico u ocasional, sino porque lo que, a su tenor, pospone la Jurisdicción Militar —y con ello, su Código especial— es que la acción «no provenga» de grupos u organizaciones de carácter permanente y finalidades legalmente señaladas, de tal forma que cuando las acciones terroristas típicas procedan de grupos u organizaciones a conocer y su ordenamiento legal el aplicable, tanto si la ejecución se llevó a cabo por varios sujetos como por uno sólo, que puede pertenecer al grupo, o meramente estar o ponerse a su servicio, con lo cual la pluralidad existirá siempre en la participación, pero no necesariamente en la acción. Los otros dos argumentos (Exposición de Motivos de la Ley 44/1971 y opinión de la Ponencia), que aparentan una mayor consistencia, se excluyen también si se piensa, no ya sólo en las imprecisiones, imprevisiones e improvisaciones⁶⁰ consecuencia del clima de premura en que se llevó a cabo la doble tarea legislativa⁶¹, sino, sobre todo, en que, ni las Exposiciones de Motivos, ni mucho menos, las particulares ideas de las Ponencias, constituyen fuentes de interpretación auténtica⁶², sino, a lo más, uno entre los varios auxilios hermenéuticos, cada vez más relegado por los moder-

310), «los que resistieren o amenazaren a las Autoridades o las desobedecieren» (art. 315 párrafo 1.º), «los que desacataren, calumniaren o injuriaren... a la Autoridad militar» (art. 315, párrafo 2.º), «los que por cualquier medio ultrajaren a la Nación, su Bandera o al Himno Nacional (art. 316); «los que de palabra... injurien u ofendan... a los Ejércitos o a Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos» (art. 317).

⁶⁰ Manifestaciones graves de incuria legislativa o de improvisación, ya hemos citado dos: olvido de reformar el encubrimiento (vid., «supra», y doble derogación del —en los Proyectos, no en la Ley— del Decreto de 21 de septiembre de 1960 (vid. «supra». En la Exposición de Motivos de la Ley núm. 44, y en relación al propio tema que estudiamos, cuando se dice que la represión por parte del Código Penal comprende «los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables y la simple pertenencia a estos», o bien se deja impune la pertenencia a los grupos organizados y estables o no puede menos de reconocerse la inseguridad en su redacción.

⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, Parte General, págs. 115, 116 y 118; «Suplemento...», págs. 71, 72, 74 y 75.

⁶² Vid. J. DE ASUA, II, págs. 363-367, negando tal carácter a los trabajos, discusiones parlamentarias y exposiciones de motivos.

nos criterios que asignan al intérprete la función de buscar la voluntad objetiva de la Ley, no la del legislador.

Sí, pues, una interpretación de carácter objetivo es la que ha de darnos la solución al problema, preciso será acudir a la descripción legal de las figuras punibles, a la interna estructura de los tipos, al análisis de las partes (elementos o requisitos), entre sí y con el todo, lo que sólo revelará la necesidad de la existencia del grupo, plural por definición, pero en forma alguna la esencialidad de esa pluralidad en el sujeto activo, realizador de la acción típica, por más que el legislador haya descuidado el designarle en esa forma.

Un ejemplo, como medio de interpretación lógica, reforzará la anterior opinión: En el seno de una organización o grupo que tenga la finalidad de atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, se proyecta, discute y acuerda la ejecución de un acto terrorista; por ejemplo, volar con explosivos, en determinada fecha y población, una estatua del Jefe del Estado, porque la conjunción de fecha, localidad y símbolo, adquiere una especial significación. Pero, es el caso, que en aquella Ciudad existen dos efigies, igualmente válidas a los fines del grupo; entre cuyos miembros surge la discrepancia sobre la elección de una u otra, ya que, mientras la totalidad, menos uno de ellos, estiman debe destruirse la situada en el parque o paseo solitario, acto bastante a alterar la paz pública sin peligro para las personas —dato que incluso puede ser valorado como positivo para la organización, en la opinión pública—, el desidente sostiene la conveniencia de dinamitar la existente en la Plaza Mayor —eje de la vida local, centro mercantil y administrativo, ágora y jubileo—, porque allí el fin de alarma perseguido alcanzará su cima, y la entidad y extensión del estrago, en personas y cosas, metas superlativas de eficacia. Tras largas discusiones sin avenencia, los sostenedores de ambos proyectos, mayoritario y singular, deciden ponerlos en ejecución; y así se realiza, conjuntamente por aquellos, individualmente por el discordante. Nadie discutirá que se han cometido dos delitos diferentes, separados, ni, con el ordenamiento penal vigente en la mano, que ambos son de terrorismo, ni tampoco que el colectivo sea adscribible a una de las tipologías contenidas en el Código de Justicia Militar, en tanto que se negará tal asimilación al acto solitario, de exasperada gravedad, si se sostiene la tesis de que el art. 294 bis a) de dicho Cuerpo Legal exige un sujeto activo pluripersonal, debiendo, en tal

caso, aplicarse el art. 260 del Código Penal, de penalidad más benigna.

2. LA ACCIÓN.—En los tres artículos sustantivos se encuentran cuatro supuestos de acción, pues el artículo bis a), de estragos terroristas, contiene dos, como vamos a ver a continuación.

A) *Estragos terroristas*.—Uno de los dos supuestos del delito de estragos es el de «alterar la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbación de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones, voladuras u otros hechos análogos». El núcleo de la acción consiste en «la alteración de la paz pública» por alguna de las modalidades de ejecución, que se enuncian en forma alternativa. El verbo «provocar» refuerza notablemente la exigencia de consumación; pero no basta sólo provocar la explosión, incendio, etc., exigiéndose, además, la alteración de la paz pública, que así opera como condición y resultado mínimo. GÓMEZ CALERO, deduce tres consecuencias: 1.º) Se trata de un delito material, porque la acción punible, tal como ha sido descrita, implica en sí misma un resultado objetivo; 2.º) Ello hace menos grave la imprecisión conceptual que representa la locución «hechos análogos», siempre desaconsejable en derecho penal; 3.º) La expresión «paz pública» no es coincidente con la de «orden público» que utiliza el art. 260 del Código Penal aunque sí (con la que emplea el art. 263 del mismo Código), y representa, con la dimensión activa, afín a las nociones de justicia y desarrollo, que modernamente se le atribuye «una especie de orden dinámico y justo»⁶³.

Sobre la primera de estas tres consecuencias se volverá enseguida. Participamos plenamente de la segunda, alabando una fórmula que, a un mismo tiempo, satisface en lo posible las exigencias de seguridad en la tipificación y las de defensa social, mediante una apelación mínima e insustituible a la analogía ante la proteica actividad terrorista. Pero no parece excesivo el «trascendente sentido» que el autor citado quiere ver en la expresión «paz pública».

La afinidad del concepto con uno de los que se expresan como fines de la organización o grupo, obligará a volver más adelante, al tratar de la antijuricidad, sobre la cuestión del orden público; ciñéndonos ahora al significado que la Ley haya querido dar al término «alteración de la paz pública». Entiendo que no puede ser otro que el de alteración del orden públi-

⁶³ GÓMEZ CALERO, págs. 459 y 460.

co, con el concepto y contenido que tiene en el art. 1.º de la vigente Ley de 30 de julio de 1959. El orden público, como realidad ontológica, es lo que puede alterar el acto de estragos —explosión, incendio, etc.—. La paz pública, en el sentido que GÓMEZ CALERO la concibe —con citas de la doctrina de la Iglesia: «un orden querido por Dios, que comporta una justicia más perfecta entre los hombres»—, representa un desideratum, pertenece al mundo de los valores, y por ello no puede nunca resultar afectada («alterada») por el acontecimiento de la realidad. Cuestión distinta —y esto es lo que se quiere entender cuando dice que «la paz pública constituye el bien secundariamente protegido...» «un bien superior al simple orden...» «que presupone el orden»—, es que el orden público no devenga un concepto formal vacío, un mero expediente para la defensa a ultranza del poder, sino que, en su realización, tienda a aquel sentido trascendente. Pero, lo que, en la fórmula legal, ha de alterar el acto terrorista, como exigencia típica, es el orden público existente, independientemente de su mayor o menor contenido ético.

Ahora bien, como ya se ha dicho, el artículo bis a) admite una segunda hipótesis: «emplear cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos». Sin duda, el verbo «emplear» expresa un momento ejecutivo más avanzado que la de los «actos encaminados» del Código Penal; pero es también innegable la nueva manifestación de la impaciencia defensiva del legislador, que crea, en el precepto, una contradicción interna. «La antinomia (entre los dos supuestos) —dice acertadamente el profesor RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁴— carecería de importancia si los medios que se enumeran en el primer inciso no fueran siempre, como lo son, adecuados para causar graves estragos».

Para GÓMEZ CALERO⁶⁵, aunque «cabría hablar de un delito de peligro por supuesto de peligro concreto...» «es más exacto decir que este delito —cuya comisión entraña el peligro de que se produzca un grave estrago— es un delito de resultado por lo que respecta al empleo del medio o artificio, puesto que tal empleo por sí solo constituye una mutación físicamente trascendente del mundo exterior, y por tanto, un resultado material». Para RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁶, es un delito de simple actividad. En todo caso ha de observarse que, en esta hipótesis,

⁶⁴ Pág. 76.

⁶⁵ Pág. 461.

⁶⁶ Pág. 77.

no se exige ni siquiera la alteración de la paz pública, como resultado mínimo. Es un delito de peligro —que, además, en la fórmula legal no se exige que sea concreto— y como tal, equipara a la consumativa, las formas imperfectas; un delito de resultado anticipado o cortado, que hace estéril el primero de los dos supuestos contenidos en el mismo artículo. Por ello, sobre el texto legal, resulta ininteligible la Circular de la Fiscalía Togada, cuando dice: «Y si bien es cierto que por razón de frustración o tentativa podría considerarse incurso la mera colocación del explosivo y demás sustancias o artificios, es lo cierto que, al hallarse especialmente penada como delito consumado en el núm. 3.º del art. 260 del Código Penal, carecen de efectividad las formas incompletas de ejecución, de acuerdo con la norma que recoge el último párrafo del art. 236 del Código de Justicia Militar y art. 55 del Código Penal, máxime cuando los 260, núm. 3.º y 264 de este último, señalan una punición superior a la que resultaría aplicable a la mera frustración, tentativa, etc., del delito previsto en el art. 294 bis a) que se comenta».

B) *Atentado contra las personas.*—RODRÍGUEZ DEVESA entiende que la expresión legal —atentar contra las personas— «ha de interpretarse en el sentido de cometer algún delito contra la vida o integridad corporal»⁶⁷; es decir, que aquí se trata de la forma consumada de un delito del Título VIII del Libro II del Código Penal. Me parece más acertada la interpretación de GÓMEZ CALERO, para quien «la palabra *atentar* ha de ser entendida tanto en el sentido usual de atacar, agredir o ejercer violencia, como en el sentido con que el Código Penal emplea los vocablos *herir*, *golpear* o *maltratar de obra*», y «nada prejuzga sobre el efecto —leve o grave— de la acción, abarcando «desde el designio de causar un simple maltrato no lesivo, hasta el de ocasionar un resultado tan grave como la muerte», sin que la palabra *persona* revista «el estricto sentido de vida e integridad corporal», sino que tiene «una significación más amplia, que contempla, además de la corporeidad física, la honestidad y la libertad como valores inherentes al ser humano» pues «el derecho penal positivo —cual anota PUIG PEÑA— conoce una triple consideración de la persona: como ente físico, como ente moral y como ente libre; y el precepto legal que comentamos protege al ser humano en esta triple dimensión»⁶⁸.

⁶⁷ Pág. 77.

⁶⁸ GÓMEZ CALERO, págs. 471 y 472.

Abundando en esta última opinión, frente a la del profesor de Madrid, debe añadirse, en primer lugar que, atentar, según el Diccionario⁶⁹, significa «emprender o ejecutar alguna cosa ilegal o ilícita» e «intentar, especialmente hablando de delito»⁷⁰. Como argumento «ad hominem», no podemos silenciar que este mismo significado reconoce a la voz «atentado» el citado profesor, en otras ocasiones: así, al tratar del atentado contra la Autoridad, que, al menos en su forma de acometimiento —dice— «no permite formas imperfectas»⁷¹, o de los atentados contra la independencia judicial, delito regulado en el art. 199 del Código Penal «con fórmula de gran vaguedad» a la que «basta con realizar actos que puedan ponerla en peligro»⁷². Por otra parte, su plausible rigor legalista de limitar la figura a los delitos contra la vida e integridad corporal de las personas, tampoco es aceptable como veremos al tratar del resultado.

C) *Atentado contra la propiedad.*—Aquí, la fórmula legal adolece de una imprecisión tal, que compromete gravemente la seguridad jurídica. En primer lugar, caben atentados a la propiedad dentro del Derecho civil. Pero, aún ciñendo la voz atentado a los actos punible, y concretándola a los delitos contenidos en el Título XIII del Libro II del Código Penal, surge, inevitable, la pregunta de si caben en el de terrorismo que estudiamos las formas no violentas, como hurtos, estafas, usura, etcétera, o la intención del legislador ha sido limitar el tipo al robo y a los daños, y, como mucho, la usurpación⁷³. Y admitido esto como más racional, la imprecisión legal es evidente.

Los dos autores que venimos citando no aluden a este problema⁷⁴. La Circular de la Fiscalía Togada propugna la solu-

⁶⁹ Diccionario de la Lengua (Real Academia Española), 16 edición, Madrid, 1939.

⁷⁰ Pero no cabe confundir atentado con tentativa. Vid. GÓMEZ CALERO, pág. 471, nota 80 y las citas hechas en ella.

⁷¹ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 199.

⁷² *Ibid.*, pág. 90.

⁷³ Por razón de especialidad, quedan excluidos de este tipo los incendios y otros estragos (Capítulo VIII del Título XIII), que lo serán del formulado en el articulado bis a). No obstante, se incluirán en el bis c), los que puedan cometer personas que no pertenezcan al grupo u organización, ni actúen a su servicio.

⁷⁴ Dice GÓMEZ CALERO —pág. 480—: «Hay que conferir al verbo «atentar» una significación extensa, comprensiva de acciones tales como «apoderarse», «tomar», «sustraer», «ocupar», «dañar», etc.»; y más adelante: «...la locución «atentado contra la propiedad», tiene en esta norma, a mi modo de ver, una significación descriptiva, y debe ser puesta en relación con los resultados materiales que forman parte integrante

ción restrictiva: «Pocos problemas (?) pueden plantear, en cuanto a su elemento objetivo, los tipos comprendidos en los arts. 294 bis b) y 294 bis c), referidos a atentados, y por ende, actos violentos contra las personas y la propiedad. Es preciso, pues, que exista en todos los casos acometimiento o empleo de fuerza contra las personas o las cosas...».

3. EL RESULTADO.—En las tres figuras delictivas se prevé una doble, alternativa, hipótesis de resultado; en función de la cual se establece la penalidad. Sobre esa doble hipótesis se establece la distinción, ya aludida —vid. «supra», pág. 55— entre tipos básicos y cualificados, delito simple y delito complejo. Cada una de esas dos hipótesis admite, a su vez, variedad de supuestos.

Los dos tipos simples o delitos base son residuales; por método de exclusión de las hipótesis calificadas. En el delito de estragos, como se ha dicho, se exige, en principio, un resultado mínimo de alteración de la paz pública; pero el inciso final del artículo deja sin virtualidad dicha exigencia. Además, lógicamente, la hipótesis de este inciso no admite las formas calificadas (salvo que se interprete absorbiendo y anulando totalmente al inciso anterior, posible dentro del significado amplísimo del verbo «emplear»), pues los resultados lesivos sólo pueden ser objeto del estrago producido («provocado»), según el supuesto inicial del precepto. En los estragos, el delito se consuma por el simple empleo: delito de peligro que, en contra de otras opiniones⁷⁵, estimo que, en la fórmula legal, no se configura necesariamente como delito de peligro concreto, pues la capacidad para ocasionar graves estragos se señala en los medios o artificios y no en las circunstancias de su utilización.

Los resultados que generan tipos cualificados son:

A) La muerte, mutilación (arts. 418 y 419 del Código Penal, pues la castración es una mutilación), o lesiones graves (art. 420), en el delito de estragos. Para GÓMEZ CALERO —que hace un profundo y extenso estudio sobre ello⁷⁶— no cabe duda de que se trata de delitos cualificados por el resultado. Ello plantea el problema de la preterintencionalidad, y de la res-

de los tipos que, como delitos o faltas contra la propiedad, relaciona el Código Penal». Según el mismo, caben en el delito, incluso los daños propios (arts. 555, 556 y 562).

⁷⁵ No sólo las referentes al tema concreto que se estudia, sino las que, en términos absolutos, niegan la posibilidad de los llamados delitos de peligro abstracto; vid. J. DE ASUA, págs. 391 y sigs.; RODRÍGUEZ DE VESA, Parte Especial, II, pág. 237.

⁷⁶ Págs. 461 a 468.

ponsabilidad objetiva en cuanto al excedente no comprendido en el dolo; materia propia de la culpabilidad, pero también de la relación causal, por lo que no resulta inoportuno este momento para hacer una referencia a la misma. Como dice GÓMEZ CALERO, «la norma legal no exige expresamente la adecuación del proceso causal; pero es lo cierto que las acciones terroristas que en ella se describen, son por lo intrínsecamente peligrosas, plenamente idóneas para causar los resultados calificantes. De donde, la relación causal... se ofrece así como adecuada...». Pero, para RODRÍGUEZ DEVESA⁷⁷, «el resultado ha de ser querido intencionalmente por el sujeto. No hay ninguna razón para construir una responsabilidad objetiva. Si, habiendo tomado el sujeto todas las precauciones humanamente posibles para evitar desgracias personales, se produjera alguno de los resultados mencionados, habrá que calificar el hecho por el núm. 2.º del art. 294 bis a), en concurso, en su caso, con homicidio o lesiones por imprudencia».

Con todo respeto, estima que si se adoptan «todas las precauciones humanamente posibles», no hay imprudencia; y excluido también el dolo para el resultado no querido, este resultado que la ley configura como cualificante perdería todo significado: tendría el mismo trato la explosión productora de alarma o daños materiales que la que ocasionara muerte. Pero la figura de estragos entraña necesariamente el dolo de peligro, capaz de ser captado por el agente en toda su extensión; y en él se fundamenta la voluntad legislativa de sancionar gravemente los resultados de muerte, mutilación y lesiones, que —como anota GÓMEZ CALERO— se emplean como «elementos descriptivos y no valorativos del tipo», opinión que refuerza el verbo activo «resultar». De aquí que el resultado lesivo producido en la persona del autor o autores del delito, deba ser también comprendido en la hipótesis cualificada.

B) La muerte, violación o secuestro, en el atentado contra las personas. Califica este tipo el profesor RODRÍGUEZ DEVESA⁷⁸ como delito complejo. Puede darse el delito complejo, como pueden darse supuestos de calificación por el resultado, y, desde luego, la forma simple. Así, el resultado de muerte, con dolo de homicidio, representará una forma simple, pues no precisa nada más que ser la consecuencia directa del atentado. Pero, tampoco los otros resultados generan siempre la

⁷⁷ Pág. 77.

⁷⁸ Pág. 77.

figura compleja. La solución está en aceptar o no que el atentado contra las personas se limite a los delitos contra la vida y la integridad corporal (Capítulo VIII), o tenga un contenido más amplio, para proteger otros valores humanos (de la persona), como la libertad en general, y en especial la libertad de disposición sexual, atacada por la violación. El delito complejo exige un único acto del que derivan dos o más resultados punibles. Pero, en la figura que comentamos, el acto inicial, básico, el núcleo de la acción, ha de ser el atentado, por definición legal; y de este atentado, si se ciñe a los supuestos del capítulo VIII, difícilmente se derivarán los resultados de violación o secuestro en unidad de acto, sino como añadidos posteriores (concurso). ¿Cómo imaginar que la acción tendente a matar o causar lesiones puede producir, por sí sola, un resultado de violación? ¿Cómo puede resultar, de aquel solo acto, la detención de una persona? Lo contrario, si es posible: que de la violación o el secuestro resulte la lesión corporal, incluso en supuestos o formas complejas. Pero, entonces, la acción consiste precisamente en la violación o el secuestro, y éstos actos son, por tanto, los constitutivos del atentado.

La cualificación de secuestro sugiere multitud de cuestiones. En primer lugar, la que provoca su repetición en el artículo bis c), dedicado a los atentados contra la propiedad. Después, en correlación con esta duplicidad, la existente en el Código Penal entre los arts. 481, núm. 4.º y 501, núm. 2.º. Finalmente, dentro de este último artículo, los turbadores términos de su formulación alternativa «cuando... el robado fuere detenido bajo rescate o cuando se intentare el secuestro de alguna persona». No es este el lugar de tratar una cuestión ya estudiada, exhaustivamente, en Tratados y Comentarios⁷⁹. Aquí debe anotarse tan sólo, en base a la doctrina prevalente, que el secuestro del artículo bis b) equivale a la detención ilegal, sin que sea preciso se exija rescate para la libertad. No obstante, esta solución, a la que conduce el análisis de los preceptos del Código Penal antes citados, no concuerda con el significado de la palabra «secuestro», tanto en el lenguaje vulgar como en el Diccionario de la Academia. Estimo que la forma privilegiada a que se refiere el art. 480, párrafo 3.º, es indiferente al delito de terrorismo; pero también que no basta el impedimento mo-

⁷⁹ Vid RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, I, 243 y 340; Antón ONECA, II, págs. 310 y 369 a 371 (JASO ROLDÁN y RODRÍGUEZ DEVESA, respectivamente); CUELLO, II, págs. 676 y 793-794, etc.

mentáneo de la total libertad, cuestión que, si cuando la detención se realiza por encierro, es clara, ya no es tan clara en múltiples formas de amenaza.

C) La muerte, mutilación, secuestro o lesiones graves, en los atentados contra la propiedad. Anotaremos tan sólo que todas estas cualificaciones, en el artículo bis c), a diferencia de lo dicho en el apartado anterior, generan siempre formas de delito complejo. Valga lo dicho en los dos apartados anteriores para la castración como mutilación y para el secuestro.

4. LA ANTIJURICIDAD⁸⁰.—Al tratar de grupo u organización (vid. «supra», pág. 57), señalamos como los fines expresos en las fórmulas legales caracterizan a aquel, de tal modo que sólo las acciones que provengan de los grupos u organizaciones que persigan dichas finalidades, si cumplen las demás exigencias de los mismos, pueden ser adscritas a los tipos terroristas del Código de Justicia Militar. El dato finalista, no referido a la acción, sino al grupo, pertenece a la descripción típica objetiva y desempeña tan sólo la función individualizadora de la infracción, con la trascendental consecuencia de determinar el derecho aplicable y la Jurisdicción competente. Pero —también se anunció en aquel momento— alguna de las figuras de terrorismo que venimos estudiando, señalan, además, fines en el sujeto de la acción: así, los artículos bis b) y bis c).

Normalmente, los fines del sujeto coincidirán con los del grupo u organización a la que pertenece o sirve. Pero ello, en el delito de estragos terroristas, no es exigencia legal, y cabe en el precepto el crimen del sicario. Ahora bien, en los delitos de atentados, contra las personas y la propiedad, el legislador señaló fines específicos a la acción, que funcionan, en la tipicidad, como elementos subjetivos del injusto. Estos fines, que se señalan alternativa, no cumulativamente, son:

A) En el atentado contra las personas: a) Los mismos del grupo u organización; es decir, atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional; b) Fines de intimidación («propósitos intimidatorios»); c) Fines de represalia.

B) En el atentado contra la propiedad: a) La finalidad de allegar fondos a las organizaciones o grupos; b) La finalidad («propósito») de favorecer los fines del grupo u organización.

En este entramado de fines —que GÓMEZ CALERO, con refe-

⁸⁰ ¿Antijuricidad o antijuridicidad?, Vid. J. DE ASUA, III, páginas 829-831.

rencia al artículo bis b), calificó de «abigarrada expresión legal»⁸¹—, cabe anotar, muy de paso, que: 1) Los propósitos intimidativos y los de represalia, en el atentado contra las personas, señalan una vez más el parentesco entre la legislación vigente y la anterior derogada: Decreto de 1960, que tomó del Decreto-Ley de 1947, las expresiones «atemorizar a los habitantes de una población» y «realizar represalias de carácter social o político», como indica GÓMEZ CALERO⁸², quien además, estima que el propósito intimidativo puede referirse tanto a la persona que es objeto del atentado como a la sociedad en general, y que la represalia abarca ahora también la personal, junto a las de carácter social y político; 2) La finalidad de favorecimiento —económico o de otra forma— en los atentados contra la propiedad, desplaza —observación hecha por el mismo autor⁸³—, en el grupo de delitos que han dado en llamarse «de enriquecimiento», el ánimo de lucro por otro dolo también específico, y en los de daños (daños, incendios, estragos), representa la previsoría medida de someter a la regulación del terrorismo hipótesis que, por inadecuación típica subjetiva, escaparían al artículo bis a)⁸⁴; 3) En el atentado contra las personas se señala otro grupo de fines, que han de darse en el sujeto y en la organización, y son correlativos —como opuestos delictivos—, al bien jurídico que los preceptos contenidos en la Ley núm. 42/1971 tratan de proteger, según designio expreso en su Exposición de Motivos: «La Defensa del Estado, en su unidad, integridad territorial, orden institucional y seguridad.»

La integridad territorial es un concepto claro y comprende el separatismo. La unidad de la Patria, como finalidad diferenciada de la anterior, no admite otra interpretación que la referida a actividades terroristas con fines autonomistas o federativos⁸⁵. En cuanto al orden institucional, no es otro que el orden público. La Circular de la Fiscalía Togada niega la equiparación: «El orden público no figura entre los tres bienes

⁸¹ Pág. 469.

⁸² Pág. 470.

⁸³ Pág. 479.

⁸⁴ Vid. nota núm. 76.

⁸⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 178, con referencia al delito de rebelión impropia, del art. 217, núm. 3.º, del Código Penal, estima que ni la autonomía ni el federalismo rompen con la unidad de representación de la Nación; pero no puede dejar de observarse que este precepto tiene una estructura diferente, pues, como el mismo autor declara «la expresión gramatical del objeto de ataque está dislocada y apenas es inteligible por causa del último inciso» (sc reficre al art. 217-3.º del C.P.).

jurídicamente protegidos por los tres artículos de alcance penal del referido Capítulo I bis, expresamente relacionados en el art. 294 bis a) —«Unidad de la Patria, integridad de sus territorios y orden institucional— a diferencia de su correlativo art. 260 del Código Penal, cuyo párrafo 1.º señala además de los tres acabados de citar, el «orden público». Pero, entonces, ¿qué es el orden institucional? Porque la Circular niega la equiparación, pero no señala la diferencia. El ordenamiento jurídico vigente ofrece la solución en la propia Ley de Orden Público de 30 de julio de 1969, cuyo art. 1.º —en casi literal exactitud con su Preámbulo— expresa que «el normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las leyes, constituyen el fundamento del orden público»: orden público y orden institucional o normal funcionamiento («desenvolvimiento» dice el Preámbulo) de las Instituciones, vienen pues a confundirse o cuando menos, ser éste un aspecto de aquél. El que el art. 260 del Código Penal, en su redacción última, parezca distinguirlos no es sino una manifestación más de la defectuosa técnica legislativa. Como dice RODRÍGUEZ DEVEZA⁸⁶, con referencia al art. 260 del Código Penal, «antes la ley mencionaba sólo la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado o la de alterar el orden público. La reforma no viene a añadir más que especificaciones de la seguridad del Estado, que habrán de tomarse, si es que no se piensa que carecen de sentido, a título de ejemplos, pues el concepto de seguridad del Estado en la técnica legal comprende todos los delitos de los títulos I y II del libro II, y, por lo tanto, la tutela de la integridad del territorio, del orden institucional y del orden público». No cabe olvidar tampoco —y usamos argumentos de la propia Circular— que el terrorismo, como método de guerra subversiva —que aquella equipara con la rebelión—, se materializa en una sistemática, reiterada, serie de actos dirigidos a alterar la paz, la tranquilidad, los servicios públicos, en definitiva, el orden público, en que descansa la vida cotidiana de la comunidad política, que se va resintiendo, desgastando paulatinamente; y no, salvo ocasionalmente en forma de atentado, en ataques frontales a las supremas instancias del poder (vid. «supra», Parte Primera). Por otra parte, «la defensa del Estado... en su seguridad», fin enunciado en el Preámbulo de la Ley núm.

* Pág. 72, nota 13.

42, comprende actualmente (Título II, Libro II del Código Penal vigente, *Delitos contra la seguridad interior del Estado*), los que tradicionalmente se llamaron delitos contra el orden público, con Título y rúbrica separada en las codificaciones anteriores. Todo ello no supone —gran preocupación de la Circular— que la Jurisdicción Militar tenga a su cargo la función represiva total de los actos punibles contrarios al orden público —pues, precisamente, existe un Tribunal especial, dentro de la Jurisdicción Ordinaria—, pero sí que caen dentro de su competencia los terroristas que puedan afectarlo, según encargo expreso del legislador.

5. LA CULPABILIDAD.—La exigencia de elementos finalistas en las dos figuras de atentado, la de que el sujeto pertenezca o sirva al grupo u organización en el atentado contra las personas y en el de estragos, la estructura de los tipos y el significado de los verbos —provocar, emplear, atentar— que definen la acción, impiden, en estos delitos, las formas culposas.

Como delitos militares, por su incorporación al Código Castrense (art. 181 del mismo), surge, en cuanto a ellos, la vieja cuestión de la voluntariedad, que GÓMEZ CALERO trata por extenso⁸⁷, y aquí se omite, aceptando, dogmáticamente, las conclusiones —hoy unánimes— que postulan su exigencia.

6. LA PUNIBILIDAD.—Para las tres figuras de terrorismo establece la Ley una doble penalidad: a) Los supuestos de resultado cualificado se castigan con la pena de treinta años de reclusión a muerte; debiendo anotarse, respecto a la misma, que, a diferencia de la legislación especial anterior, la reforma de 1971 no aceptó la de muerte como pena única; b) Las hipótesis no cualificadas («en los demás casos») se castigan con la pena de reclusión, pena común (art. 209 C.J.M.), que tiene una extensión de doce años y un día a treinta años (art. 212 del mismo). Observa RODRÍGUEZ DEVESA⁸⁸, respecto del delito de estragos, cómo en el supuesto de lesiones menos graves, es más severo el Código Penal. La Circular de la Fiscalía Togada (vid. «supra»), señala también las formas imperfectas de desarrollo —frustración, tentativa— en el delito de estragos; pero ya hemos dicho que la segunda de las modalidades de acción contenidas en el artículo bis a), permite eludir la cuestión, sin acudir a la solución que dicha Circular propone.

⁸⁷ Págs. 451 y 452.

⁸⁸ Pág. 76, nota 24.