

## CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY ORGANICA 2/1981, DE 9 DE MARZO MATERIA DE REBELION Y REBELION MILITAR

Si bien la Ley que vamos a comentar, no va precedida de una exposición de motivos, en la mente de todos está que su finalidad es otorgar una mayor protección penal al ordenamiento constitucional, es decir, al sistema político actualmente vigente en España por lo que ha sido calificada a través de diversos medios de comunicación social de "ley de defensa de la democracia".

La reforma que por la misma se hace de los Códigos Penal y Justicia Militar, tiene su causa fáctica en los acontecimientos vividos el 23 de febrero y pretende evitar —en la medida en que una ley puede hacerlo— la repetición de acontecimientos semejantes, a través de la tipificación de nuevas conductas la elevación de las penas en otras ya tipificadas, con especial referencia a la responsabilidad de los medios de difusión.

La regulación simultánea del terrorismo parece obedecer a razones de índole política y de economía legislativa.

La ley consta de un total de cuatro artículos, por los que se modifican otros tantos, de los que dos pertenecen al Código Penal Común (en adelante C.p.) y otros dos al de Justicia Militar (en adelante C.J.M.) y se adicionan un total de ocho, de los que seis se incluyen en el C.p. y dos en el de Justicia Militar. Por último contiene una disposición adicional, una derogatoria y otra final.

### LA REFORMA EN EL CODIGO PENAL COMUN

El artículo 214 queda modificado en los siguientes extremos: La antigua redacción exigía como elemento objetivo del tipo de "alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno", en tanto que en la actual se suprime el requisito de que sea "en abierta hostilidad contra el Gobierno". Con ello el bien jurídico protegido se desplaza del elemento objetivo "Gobierno" hacia la finalidad perseguida por los rebeldes con lo que cobran mayor importancia los elementos subjetivos del injusto, quedando reducido el elemento típicamente objetivo al alzamiento público. Puestos a suprimir podría haberse suprimido el adjetivo público que verdaderamente no añade nada al sustantivo alzamiento, pues de producirse éste se manifestará públicamente.

La desaparición de la referencia al Gobierno dentro de los elementos objetivos del tipo puede tener trascendencia para la tipificación de conductas dudosas, al menos en abstracto. Así, verbigracia, con la anterior redacción, la disolución de las Cortes verificada sin abierta hostilidad contra el Gobierno no podía tipificarse como rebelión, en tanto que ahora basta el alzamiento público para que si la acción persigue alguna de las seis finalidades del artículo que comentamos, ésta constituya rebelión.

En cuanto a los elementos subjetivos del injusto, permanecen idénticos los antiguos números 1.º y 2.º que ahora pasan a ser 2.º y 3.º respectivamente.

Las modificaciones son las siguientes:

El nuevo n.º 1 "Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, constituye una total innovación que es lógica consecuencia de la protección que se quiere otorgar al ordenamiento constitucional, siguiendo en este extremo la pauta que la Ley Orgánica 9/80 imprimió al delito de rebelión militar.

El antiguo n.º 3, pasa a ser n.º 4, permaneciendo sustancialmente idéntico, si bien se habla de "Cortes Generales" en lugar de "Cortes" haciendo luego mención expresa del Congreso de Diputados y del Senado. Reforma de matiz que, no obstante, puede resultar útil, pues al estar las Cortes Generales integradas, según el artículo 66 de la Constitución, por ambas instituciones alguno pudiera aducir que, por ejemplo, la disolución del Senado no integraría el tipo, por cuanto él sólo no forma las Cortes Generales. (Lo que quizás sí sobre, sea, entonces, la alusión a estas últimas).

El n.º 4 antiguo que pasa a formar parte del n.º 5, permanece en esencia el mismo, a salvo una modificación gramatical que no hace variar en nada su contenido, pero se le añade un nuevo supuesto que consiste en "declarar la independencia de una parte del territorio nacional", lo que, de un modo muy especial cuando la declaración vaya acompañada de la toma de las armas, podría entrar en concurso con algunos supuestos de traición.

Por último el antiguo n.º 5 pasa a formar parte del n.º 6, siendo destacable la referencia expresa que ahora se hace aquí al Gobierno (no sólo a sus miembros), lógica consecuencia de su omisión como elemento objetivo del tipo, verificada en el primer inciso del artículo, según ya comentamos.

Por lo que se refiere al artículo 217 sufre dos modificaciones en su n.º 1. En efecto, la antigua redacción castigaba como rebeldes a "los que sin alzarse contra el Gobierno, cometieran por astucia o por cualquier otro medio algunos de los delitos comprendidos en el artículo 214", en tanto que la actual omite toda referencia al Gobierno, hablando sólo de alzamiento público, modificación coherente con la reforma que en este sentido se ha realizado en el 214, del que depende el que ahora comentamos.

La segunda modificación exige que los "cualesquiera otros medios" para lograr las finalidades del 214, sean contrarios a las leyes, y, ello creemos que constituye un acierto, por cuantos supone una mayor concreción del tipo que, beneficia, sin duda, al principio de legalidad.

El artículo 2.º de la Ley introduce con la numeración de 216 bis a) y 216 bis b) dos nuevos artículos en el Código Penal.

Es de destacar, en primer lugar, el castigo autónomo de las formas de resolución manifestada en el delito de rebelión común, lo que constituye una novedad en la tipificación de este delito en el Código Penal, que sigue ahora el criterio que en este punto tiene adoptado el C.J.M., y que con carácter general parece que va a extenderse a todos los delitos que el legislador estime susceptibles de ser cometidos en esta forma, en los futuros Códigos Penales y de Justicia Militar.

Así el párrafo 1.º del artículo 216 bis a) dispone que "la conspiración", proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 174 bis b), 214 y 217, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicación serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos".

Si bien el castigo autónomo de estas formas de delinquir no merece objeción alguna, sí la merece y muy grave la redacción a través de la cual quedan castigadas.

a) En primer lugar, salta a la vista la confusión entre las formas de resolución manifestada del delito y los grados de participación en el mismo, que constituyen dos escalas jurídico-penales totalmente independientes. En efecto, cuando el precepto legal concluye que "serán castigados con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos" quiere referirse a la pena que correspondería al delito consumado, pues una pena inferior en un grado o en dos, o en lo que se quiera, a la que correspondería al autor de un delito, se puede imponer a un cómplice o a un encubridor, pero no a un proponentor, conspirador o provocador, figuras todas ellas que al igual que la tentativa y la frustración están en función del delito consumado y no de la autoría.

Entendemos que para la aplicación de la penalidad señalada es menester, no ya una interpretación extensiva, sino analógica, la que no está permitida en materia de definición de delitos y de penas, por ser contraria al principio de legalidad, que informa todo el Derecho penal moderno y se halla garantizada por los arts. 9 y 25 de la Constitución, con lo que asimismo entendemos que el artículo tal y como está redactado resulta inaplicable, debiendo castigarse las conductas que se incriminan por el art. 52 del C.p.

Ahora bien, si la aplicación de las normas generales es posible en la proposición, conspiración y provocación, no puede serlo en la apología, porque ésta no tiene una regulación general, y, al ser inaplicable al párrafo primero del núm. primero del 216 bis a) según hemos visto, resulta asimismo inaplicable el párrafo segundo en, que se castiga la apología de la rebelión y de la rebelión militar, ya que está en función del primero, al disponer que la misma pena se impondrá al reo de apología de los delitos a que se refiere el párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a comentarse, así como al de la del Terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980 de 1 de diciembre.

Pero aún de no haber incurrido en la confusión señalada o suponiendo que llegase a aplicarse el núm. primero del art. que comentamos, todo ello

sin perjuicio de lo que más adelante diremos, éste, en su parr. segundo en relación con la disposición adicional de la ley, supone una innovación que viene a quebrar uno de los principios fundamentales del Derecho penal militar (parte especial, 6.ª edición, Madrid 1975, pág. 1.125). Nos referimos a lo que Rodríguez Devesa denomina su ámbito funcional, en virtud del cual y como se desprende de los arts. 1 y 2 del C.J.M., las leyes penales militares sólo pueden aplicarse por los tribunales y autoridades militares conforme a las prescripciones del citado cuerpo legal.

Pues bien, la reforma en el precepto que comentamos castiga "la apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse". Ello supone como expresamente se dice en la disposición adicional única de la L.O. que la competencia para conocer del referido delito, corresponde a la jurisdicción ordinaria, para lo cual habrá de interpretar y aplicar los arts. 286 y ss. del C.J.M., apartándose así del principio a que nos acabamos de referir. No obstante, esta innovación está en el espíritu consciente o inconsciente del legislador pero no de la ley, pese a lo que a primera vista pudiera suponerse, como veremos al tratar de la reforma de C.J.M.

Surge aquí una grave dificultad, cuya problemática quizá sea la que haya conducido al legislador a la confusión aludida entre las formas de resolución manifestada y los grados de participación. La pena inferior en un grado en la apología del delito de rebelión previsto y penado en el art. 214 del C.p. y de rebelión militar del 286 C.J.M., aunque no llegue a cometerse ¿cuál es?, pues el art. 215 c.p. señala una penalidad distinta según la clase de autor, y que va desde la reclusión mayor que se impone a los jefes principales de la rebelión así como a los promovedores y sostenedores de la misma, hasta la prisión mayor que se impone a los meros participantes, pasando por la reclusión menor, que corresponde a los que ejercieran un mando subalterno. Del mismo modo, existe una diferente penalidad en los arts. 287 (cabeza de la rebelión, mando superior), y 288 (mando no principal, meros ejecutores, etc.) del C.J.M. en relación con la rebelión militar tipificada en el 286 del mismo cuerpo legal.

Tanto en la rebelión común como en la militar, no existe pena única para el delito, sino que ésta varía según la clase de autor de que se trate. ¿Castigamos entonces al apologeta con reclusión menor con prisión mayor o con prisión menor? Teniendo en cuenta que la misma apología de la rebelión militar que aquí se castigase pena en el art. 290 del C.J.M. con la pena de doce años y un día a veinte años, parece razonable pensar que el legislador quiere imponer la pena de reclusión menor que tiene esa duración. Pero una cosa es lo que legislador quiso y otra lo que quiere la ley. Y, la ley en este punto no sabe realmente lo que quiere; la interpretación del juzgador creemos que no puede desentrañar por sí estas dificultades ya que la oscuridad de la ley es aquí manifiesta. Y, sin embargo, el art. 357 C.p., so pena de incurrir en prevaricación, le obliga a hacerlo...

Si el legislador se planteó —ignoramos si fue así— estos problemas, quizás vio el modo de resolverlos, refiriéndose a la "pena inferior en un grado a la que correspondería al autor", entendiéndolo por tal a los jefes sostenedores, cabeza de la rebelión, mando superior, etc. Pero resulta que

eso no es así, por cuanto autores son también de acuerdo con el núm. primero del art. 15 del C.p. y núm. primero del 196 del C.J.M. "los que tomaren parte directa en la ejecución de hecho", es decir, que lo son aquéllos a los que la ley sanciona con prisión mayor, ¿a qué atenerse?

c) En tercer lugar, resulta difícil concebir una provocación que no se haga "públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad, pues la provocación se caracteriza, fundamentalmente, por la concurrencia de alguno, al menos, de estos requisitos, con lo que la especificación de los medios de llevar a cabo la provocación es tautológica. No lo sería con respecto a la proposición y a la conspiración, aunque no cabe duda de que entonces podría convertirse o pensarse muchas veces como provocación.

El núm. segundo del art. 216 bis a) contiene, básicamente, una serie de normas de carácter procesal, relacionadas con el cierre de los medios de difusión. Normas estas cuyo lugar adecuado podría ser, si se quiere, la ley de enjuiciamiento criminal, pero en ningún caso el Código Penal que en un cuerpo legal sustantivo.

Contiene no obstante, en su párrafo primero una definición de lo que, a los efectos del número que comentamos, constituye los instrumentos del delito, cuya ocupación material puede decretar el Juez, y que sí tiene carácter sustantivo. Dice el texto legal que, "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48, se entenderá en todo caso instrumentos del delito, las instalaciones, maquinarias o enseres por los que se hubieren realizado las actividades tipificadas en el núm. primero de este artículo, y aquéllas que hubieran servido para preparar o confeccionar los comunicados".

La definición es de una amplitud inimaginable y, por lo mismo sujeta a una limitación arbitraria, a través de una aplicación desmedida de la teoría de la casualidad, que permite llegar a la ocupación material de multitud de enseres que no tiene relación directa alguna con el delito.

Ante la comisión de cualquiera de los delitos de que trata el núm. primero del 216 bis a), podría llegar a decretarse la ocupación material, no ya de los ejemplares de un periódico, sino también de sus locales, maquinaria, vehículos que sirvieron a su reparto, y ¿por qué no las fábricas de acero o de cemento...? Pues sin su participación, es evidente que el delito, en concreto, no se hubiera realizado.

Pero sin necesidad de llegar a estos extremos, la norma puede plantear problemas graves de índole económica, cultural, laboral, y sobre todo de justicia. No cabe duda de que en la definición de los instrumentos del delito queda comprendida la imprenta en la que se tiraron los ejemplares que sirvieron de difusión al delito, y no es menos cierto que en la actualidad, la mayoría de las imprentas sirven a gran número de publicaciones, con lo que el delito cometido a través de una de ellas, que perfectamente puede representar el 10, el 5, o incluso el 1 % de la actividad total de la imprenta, va a suponer la paralización de otra serie de publicaciones ajenas por completo a la actividad delictiva.

Por otra parte, todo ello parece contradecir el espíritu del artículo siguiente, esto es, el 216 bis b), a cuyo no será aplicable a los delitos de provocación o apología de la rebelión, lo dispuesto en los arts. 13 y 15,

siéndoles de aplicación las reglas ordinarias de responsabilidad criminal, establecidas con carácter general en este Código. Es decir, por una parte, desaparece la responsabilidad objetiva y subsidiaria que señala el art. 15 del C.P., y, por otra, se perjudica, a través de la ocupación material, a los que ocupaban el último lugar en la escala de responsabilidad subsidiaria; esto es, a los impresores. No parece coherente.

En otro orden de cosas, el 216 bis b), parece afectado de dos olvidos. Por el primero de ellos, se declaran inaplicables las normas de los arts. 13 y 15 de los delitos de provocación y apología de la rebelión, que quedan, por tanto, vigentes para la proposición, para la conspiración. Quizás sea que el legislador, tres artículos después pensó que no podía darse una conspiración o una proposición hechas públicamente por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad, pues, lógicamente vendría a integrar un supuesto de provocación. Pero entonces debió pensarlo al redactar el núm. primero del 216 bis a); el hacerlo ahora añade a un error, la falta de criterios lógicos. En segundo lugar, el artículo se refiere exclusivamente a los delitos de provocación y apología de la rebelión, excluyendo en relación con el párrafo segundo del núm. primero del 216 bis a) la apología del terrorismo y la apología de la rebelión militar, del beneficio que supone la aplicación de las reglas ordinarias de la responsabilidad.

En cuanto a la apología de la rebelión militar, al menos, entendemos que ha sido un despiste del legislador. Ignoró que después de la reforma del C.J.M. por la L.O. 9/80, el delito de rebelión "a secas" se refiere exclusivamente al previsto y penado en el código penal común, en tanto que el comprendido en el C.J.M., se le denomina de rebelión militar. No obstante, y por tratarse de una disposición beneficiosa para el reo debe entenderse también aplicable al supuesto de apología de la rebelión militar. (En un error similar pero a la inversa va a incidir el añadido art. 291 bis del C.J.M.).

La apología del terrorismo es harina de otro costal y carece de toda sistemática el hacer alusión a la misma en un art. que con el 216 bis a) se inserta en el cap. III tit. II, referido exclusivamente a la rebelión, por lo que omitimos todo comentario al respecto.

## LA REFORMA EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

El criterio que preside la reforma del C.J.M. en materia de rebelión militar es básicamente el del mayor rigor en el castigo de las formas de resolución manifestada del delito.

La gravedad de las nuevas penas parece a todas luces excesiva, si la referimos a la rebelión militar en abstracto, pues rebelión militar es o pudiera ser lo ocurrido el 23 de febrero, pero no toda rebelión militar ha de producirse de esa manera. Según se manifieste en concreto, será más o menos grave. Rebelión militar sería también el alzamiento en armas de una sola compañía en, verbigracia, Zamora, que seguramente no tendría a

penas trascendencià para nuestro ordenamiento constitucional ni demás instituciones fundamentales de la nación; pues bien, en la actualidad la apología del capitán de la referida compañía no puede sancionarse con pena inferior a doce años y un día.

Las leyes han de estar elaboradas, promulgadas y dirigidas para la generalidad y no para un caso concreto, que por serlo es como tal irrepetible.

Por el artículo 4 de la Ley Orgánica se reforman los artículos 290 y 291 al tiempo que se añaden otros dos con la numeración de 291 bis y 538 bis.

El artículo 290 declara ahora que "serán castigados con la pena de doce años y un día a veinte años de reclusión militar los que provoquen o exciten a cometer el delito o hagan apología del mismo, aunque éste no se produzca y los que una vez cometido hicieran la apología del mismo o de sus responsables".

Son cuatro los aspectos reformados con respecto a la redacción originaria del C.J.M. de 17 de julio de 1945.

a) En primer lugar, se reduce el arbitrio judicial al aumentar el mínimo de la pena, que pasa de seis meses y un día a doce años y un día; es decir, que el antiguo mínimo de la pena se multiplica nada más y nada menos que por veinticuatro. Ello no puede resistir el más ligero análisis según los criterios de la justicia; una de dos, o la anterior penalidad era excesivamente benévola o la actual constituye una exacerbación de la rigurosidad. Si bien la pena tiene una finalidad de carácter preventivo, no hay que olvidar que también lo tiene retributivo y de justicia.

b) La antigua redacción castigaba la apología del delito de que tratamos cuando éste se hubiese producido, en tanto que la actual castiga igualmente la apología aunque el delito no llegue a cometerse. Entendemos que a los efectos jurídico-penales, existe una importante diferencia entre ambos supuestos, a los que ahora se otorga igual tratamiento, pues si bien la apología de un delito ya consumado tiende a justificar un resultado delictivo producido, con la consiguiente gravedad, la apología de un delito no realizado, no entraña una gravedad y peligro concretos, por cuanto no, puede llegar a determinarse la trascendencia que sobre el mismo ha podido tener. Estamos pues ante el castigo de un delito referido al abstracto, de una rebelión militar ideal o deseada, que muchas veces podría resultar quimérica e irrealizable.

La diversa gravedad de las dos apologías hubiese merecido diversa penalidad.

c) El antiguo artículo 290, castigaba, una vez cometido el delito, "la apología del mismo o de sus autores", en tanto que el nuevo, va más lejos al castigar "la apología del mismo o de sus responsables". Es decir, si antes se castigaba la apología de los autores de un delito, ahora se castiga además la apología de los cómplices y de los encubridores del mismo, pues todos ellos son responsables conforme al artículo 195 del C.J.M. Pero esto además de ser a todas luces injusto, carece de toda lógica jurídica, pues se da la paradoja de que el apologeta del encubridor va a ser castigado con pena mucho mayor que la que corresponde al propio encubridor, al que ha de serle rebajada la pena en dos grados, según dispone taxativamente el

artículo 236 del Cuerpo legal castrense. Similares, si bien atenuadas consideraciones, pueden hacerse con respecto a los cómplices y a sus apologetas.

d) En otro orden de cosas el artículo que comentamos sugiere en relación con el 216 bis a) C.p., unas consideraciones en lo que se refiere a la norma aplicable y a la jurisdicción competente para conocer del delito de apología de la rebelión militar y que nos van a llevar a la conclusión de que, en esta materia el artículo 216 bis a) C.p. por sí y en relación con la disposición adicional única de la Ley Orgánica, resulta inaplicable.

En efecto, los artículos 216 bis a) C.p. y 290 C.J.M., plantean en primer lugar un concurso de leyes para cuya resolución es menester acudir a las relaciones de especialidad y de alternatividad.

Por la primera de estas relaciones "*lex specialis derogat legi generali*", es decir que el concurso se resuelve en favor de la norma establecida en el Código de Justicia Militar, que es ley especial con respecto al Código penal común.

La relación de alternatividad presupone como dice Rodríguez Devesa (O.P. Cit. parte general pág. 164) "un defecto legislativo, porque consiste en una doble valoración jurídica para un mismo hecho", lo que no hay duda se verifica aquí. Para resolverla hay que acudir, no al artículo 68 C.p. sino al 257 del C.J.M., que sólo permite aplicar el Código común "cuando no existiera regla concerniente al caso presentado". Pues bien, como desde el momento que hay concurso es porque sí existe esa regla, hay que concluir que la apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse, habrá de ser sancionada por el artículo 290 C.J.M. y no por el 216 bis a) del C.p.

En segundo lugar, resuelto el concurso de leyes, queda por resolver qué jurisdicción —la ordinaria o la militar— es competente para conocer del delito.

Por aplicación de los artículos 1 y 2 del C.J.M., no hay duda de que corresponde a la Jurisdicción militar (principio de funcionalidad). Ahora bien, la disposición adicional de la Ley Orgánica se la atribuye a la Jurisdicción ordinaria, debiendo aquí tenerse presente su disposición derogatoria con arreglo a la cual "quedan derogadas" cuantas disposiciones se opongan a la presente ley": es decir, la ley anterior queda derogada por la posterior. Si la cuestión se detuviese aquí, el problema estaría resuelto, pero ocurre que es la misma Ley Orgánica la que al mismo tiempo atribuye la competencia a la Jurisdicción militar, pues la disposición adicional sólo atribuye competencia a la Jurisdicción ordinaria para conocer de los delitos comprendidos en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley (en los que es cierto que se castiga la apología de la rebelión militar), pero no se la atribuye, a contrario sensu, para conocer de los delitos comprendidos en el artículo 4, por el que se reforma el 290 del C.J.M. en el que se castiga esa misma apología de la rebelión militar, de donde se deduce que el criterio de la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior, no resuelve la cuestión, al ser la misma ley nueva la que atribuye competencia a ambas Jurisdicciones.

¿Habría pretendido el legislador repartir la competencia en razón a la condición militar o civil de la persona responsable del delito, atribuyéndosela a la ordinaria cuando el sujeto activo del mismo sea paisano y a la



militar cuando sea militar? Es posible que ésa fuese su intención, pero volvemos a repetir que lo que interesa no es esa intención, sino la que se desprende de la ley y no existe en la misma una sola norma que autorice a hacer esta distinción. El hecho de que se sustituya la naturaleza de la pena (reclusión por reclusión militar en el 290 C.J.M.) no autoriza a realizarla, pues estamos de antemano ante un delito militar impropio. (Lo que si es un error es el haber modificado la naturaleza de la pena).

A mayor abundamiento, resulta que el artículo siguiente —también modificado por la ley que comentamos— incurriendo en el mismo error castiga, del mismo modo, con pena de reclusión militar la conspiración y proposición para el delito de rebelión militar y, como quiera que estas conductas no se tipifican en el Código penal, sean paisanos o militares quienes las realicen habrán de ser juzgadas por la Jurisdicción militar aplicando el artículo 291 del C.J.M. El posible argumento de la naturaleza militar de la pena no puede, pues, autorizar a entender que tales delitos sólo puedan ser cometidos por militares, porque en ese caso, a contrario sensu, quedarían impunes la conspiración y proposición al delito de rebelión militar cuando fuesen cometidas por paisanos.

En resumen entendemos lo siguiente:

1. La norma penal aplicable es la contenida en el artículo 290 del C.J.M.

2. La Jurisdicción competente es la militar por aplicación de los artículos 1, 2, 6 y 13 del C.J.M. y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como de la regla de la especialidad de la norma.

3. En caso de plantearse conflicto por pretender la Jurisdicción ordinaria atribuirse la competencia en razón de la persona, expuesto lo que antecede, será en último caso aplicable el artículo 18, prf. 1.º, a cuyo tenor "Cuando dos o más Jurisdicciones se consideren competentes para conocer de un mismo procedimiento, tendrá preferencia la que lo sea por razón del delito o falta, después la que lo sea por razón del lugar y, por último, la que lo sea por razón de la persona".

Esta es, en fin, la solución lógica y coherente que impide se produzcan paradojas tales como que la Jurisdicción ordinaria castigue a una persona por apología de la rebelión militar cometida y que luego la Militar absuelva a los procesados en la causa principal, por estimar que los hechos —defendidos por el apologeta— no son constitutivos de delito.

Por lo que se refiere al artículo 291, éste castiga ahora con igual pena que a los provocadores, excitadores y apologetas a los proponedores y conspiradores; es decir, la pena de prisión que a estos últimos correspondía con arreglo a la antigua redacción pasa a ser ahora de doce años y un día a veinte años de reclusión militar, sustituyéndose en cuanto a su naturaleza una pena común por otra militar, mientras que en lo que respecta a la duración se multiplica el mínimo por veinticuatro y el máximo casi por dos. Las mismas consideraciones que acerca de la naturaleza e incremento de la pena hicimos al comentar el artículo anterior, ténganse por reproducidas aquí.

El artículo 291 bis de nueva introducción, tiene carácter paralelo al ya comentado 216 b) del C.p., estableciendo que "No será aplicable a los

delitos de provocación o apología de la rebelión lo dispuesto en el artículo 197 de este Código, siendo de aplicación las reglas ordinarias de responsabilidad criminal establecidas con carácter general”.

Digamos, en primer lugar, que el precepto ocasiona una confusión terminológica, por cuanto hable de rebelión “a secas” cuando se está refiriendo a la provocación o apología del delito previsto en el artículo 286, situado en el capítulo I, título IX, tratado II del C.J.M., que es el de rebelión militar, así denominado legalmente después de la reforma del Código de Justicia Militar debida a la L.O. 9/80. No obstante, y por tratarse de una norma que viene a abolir para los delitos de que trata, la responsabilidad penal objetiva y subsidiaria del artículo 197 del C.J.M., no plantea mayores problemas su aplicación en el referido sentido, esto es a la rebelión militar, que es con la única rebelión con la que tiene sentido relacionar el artículo 197.

Con ello, los directores de una publicación, los editores, impresores y tenedores de la misma —sin perjuicio de las medidas que se pueden decretar a la vista del artículo 538 bis—, aunque el autor no sea habido, no pueden ser nunca sancionados por los delitos de provocación y apología de la rebelión militar (las mismas consideraciones se pueden hacer al amparo del artículo 216 bis b) del C.p. en cuanto a la rebelión común), pues resulta muy dudoso que puedan ser castigados como tales directores, editores, etc., a título de complicidad o encubrimiento, por cuanto si así fuese resultaría innecesario el artículo 197. Incluso una complicidad real, verbigracia, del director de un periódico, quedaría absorbida por el aspecto profesional que el citado director siempre podría aducir.

Lo que no alcanzamos a comprender es que el aludido beneficio no se extienda (a parte de la conspiración y proposición) a las conductas incriminadas en el artículo 538 bis, pese a tratarse de conductas de similar tendencia o finalidad, sólo que de menor gravedad, como a continuación vamos a ver.

El artículo 538 bis consta de dos números, el primero de carácter sustantivo y el segundo sustantivo y procesal a la vez, paralelo al también número segundo del 216 bis a) C.P., ya comentado por lo téngase aquí por dicho lo señalado entonces.

Dispone el número primero que “La conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 290 y 291, así como la apología de los mismos, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos”.

Cinco consideraciones nos sugiere esta norma penal:

a) Estamos ante un precepto penal netamente sustantivo, por cuanto se tipifican una serie de delitos y se impone a los mismos una pena. Su introducción en el Código de Justicia Militar con la numeración de 538 bis, carece de toda lógica sistemática ya que se incardina en el tratado III “De los procedimientos militares” título VII “De la prevención y formación de causas”, capítulo II “Del sumario”, sección primera “De la comprobación del delito”. Su sitio está claro que no es éste. De tener cabida en algún lugar

—que semejante precepto sólo puede tenerla en la antología del disparate éste sería el capítulo I, título IX del tratado II.

b) En segundo lugar, y ello constituye una novedad abracadabrante, se tipifican una serie de formas de resolución manifestada, que vienen a “consumar” otras tantas.

Nos explicamos, la conspiración, proposición y provocación y también la apología, están en función del delito consumado de que se trate. Si así no fuese no servirían tales. Y, sucede que el artículo 538 bis núm. 1, no se está refiriendo a las formas de resolución manifestada del artículo 286, esto es, de la rebelión militar, que ya están castigadas en los artículos 290 y 291, sino que se está refiriendo a esos mismos artículos, con lo que se incriminan las formas de resolución manifestada de las formas de resolución manifestada de la rebelión militar, o lo que es lo mismo, la conspiración, proposición, provocación y apología a la conspiración, proposición, provocación o excitación y apología de la rebelión militar. Aplicando las fórmulas de la combinatoria, tenemos nada más y nada menos que un total de veinte conductas diferentes, previstas y penadas en el nuevo artículo.

A nuestro juicio constituye esto una aberración técnico-jurídica, que nos recuerda una aberración política, la de aquella República que para su mantenimiento necesitaba una policía para vigilar a la policía y que más tarde necesitó los vigilantes de los vigilantes de la policía.

c) En tercer lugar y, al igual que el artículo 216 bis a) del C.p. vuelve a incidir en la confusión entre las formas de resolución manifestada del delito (o para ser más exactos, formas de resolución manifestada de las formas de resolución manifestada del delito) y los grados de participación en el mismo. No obstante, es lo cierto que la incongruencia quizás sea así menor que si en este caso se hubiese aludido al delito consumado, pues se habría hecho en realidad referencia a lo imposible, pues la proposición a la rebelión, por su misma naturaleza no consuma la rebelión.

d) En otro orden de cosas, las conductas aquí incriminadas no se benefician, como ya adelantamos, de lo establecido en el artículo 291 bis. Se produce así una paradoja más consistente esta vez aunque se castiga lo menos y no lo más. En efecto, supongamos que no es habido el apologeta de la rebelión militar que utilizó un periódico como medio para la comisión del delito. El director del citado medio de comunicación no es responsable por inaplicación del artículo 197, pero sí lo sería, en cambio, si publicase un artículo en defensa de la apología de la rebelión militar.

e) Entendemos, en fin, que esta norma —de difícilísima aplicación— era completamente innecesaria, por cuanto no existe dificultad jurídica alguna para castigar las conductas aquí tipificadas a través de los artículos 290 y 291, que absorberían las del 538 bis, pues el que defiende la defensa de la rebelión, está defendiendo la rebelión y el que provoca a la provocación a la rebelión, está provocando esa misma rebelión. Sin embargo, por ser una norma favorable al reo —se le castiga con un grado menos— habrá que aplicarla con las enormes dificultades que entraña en orden a la tipificación y determinación de la pena a imponer.

**CONCLUSION**

a) Desde el punto de vista de la política criminal, estimamos acertada la mayor concreción de algunas conductas, verificada a través de la reforma de algunos tipos, que viene a impedir que determinadas conductas próximas a la rebelión pudiese quedar impunes. Es ejemplo de ello el nuevo artículo 214 C.p. en el que se da protección penal a la Constitución, lo que era absolutamente necesario.

La ley resulta progresiva en el castigo de las formas de resolución manifestada, precludiendo, a través del delito de rebelión, lo que en el futuro parece va a ser regla general.

En cuanto a la penalidad, ésta sufre un incremento, ya tuvimos ocasión de poner de relieve que resulta excesivo y que es contrario a la tendencia moderna que consiste en disminuir la duración de las penas privativas de libertad. En particular, dudamos mucho de la eficacia preventiva e intimidativa del castigo en el delito de rebelión. Quien propone, conspira o ejecuta una rebelión, sea militar o común, nunca mira atrás y tiene su norte puesto en su victoria. Entendemos, por ello, que la ley en este punto, además de ser inútil, es también regresiva.

b) Desde la perspectiva técnico-jurídica, la ley resulta muy defectuosa. Confusión de conceptos, tautologías, contradicción entre sus propias normas y una acusada falta de sistemática, se manifiestan en la casi totalidad de los artículos comentados, haciendo algunos párrafos inaplicables.

En resumen, estamos ante una ley que discutida y aprobada bajo la lógica influencia de factores emocionales, ha sido elaborada bajo el signo de la premura y de la urgencia, circunstancias éstas que en verdad no facilitan el rigor y el acierto, si bien tampoco lo impiden. Pero si el sosiego y la tranquilidad no estuvieren del todo presentes en la historia de la Ley, sí deben estarlo en una futura interpretación auténtica, que estimamos absolutamente imprescindible.

**Federico CANTERO NUÑEZ**  
**Caballero Alférez Cadete de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército**