

## LOS DELITOS QUE COMPROMETEN LA SEGURIDAD DEL ESTADO

Fernando BARTOLOME MARTINEZ  
*Coronel Auditor*

### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO

#### *Conceptos Generales*

Estado. Nación. Patria.

1. El Estado tiene, como dice Plorlan, (Tratado de Derecho Penal), materia y forma: la primera está constituida por la soberanía que ejerce sobre el territorio, dotado de personalidad jurídica y entre cuyos límites se estructura la vida de la comunidad; soberanía que es igual a estar dotado de Imperium, ya que el Estado desprovisto de esta facultad queda equiparado a las demás personas, físicas o jurídicas; soberanía sobre un territorio totalmente independiente frente a otros en los cuales otros Estados, ejercen igual ese Imperium. La Forma son los órganos por cuyo intermedio el Estado se manifiesta y ejercita sus funciones, y constituyen su organización político-administrativa.

En estos dos aspectos de Estado soberano sobre un territorio, frente a otros, y Estado forma ó sistema de ejercer las funciones dentro de sus límites, los Códigos basan una distinción en la clasificación de los delitos que lo toman por sujeto pasivo, y denominan «delitos contra la seguridad exterior del Estado» a los que pretenden la destrucción de la vida del Estado, que es la consecuencia de perder su independencia, y «delitos contra la seguridad interior del Estado» a los que tienen por fin el modificar su estructura interna ó forma de gobierno, de manera distinta a la prevista en las Leyes Fundamentales de cada uno. Al proteger una y otra seguridad, los Códigos (tanto el Código Penal Común, como el Código de Justicia Militar, como veremos al adentrarnos en su estudio) extienden su tutela tanto al «ser» como al «modo de ser».

Esta clasificación legal, como dice el Coronel Auditor y Catedrático

de Derecho Penal Rodríguez Devesa en su «Derecho Penal Español», no está justificada actualmente desde el punto de vista criminológico; en los últimos años los ataques contra la independencia del Estado se llevan a cabo muy frecuentemente desde dentro del Estado mismo, provocando modificaciones en las estructuras políticas que faciliten después la anexión, anexión que en la actualidad no sólo se debe entender físicamente, es decir, la material ocupación del territorio; la anexión psicológica llevó incluso a intervenciones militares extranjeras solicitadas desde dentro, sin olvidar la anexión económica que lleva un Estado a depender absolutamente de otro, si bien se guarda la experiencia externa. Pues bien, estas agresiones, hoy día, se realizan mediante el fomento de revoluciones internas de ideología afin a la del país que de esta forma ataca a otro, de forma que se puede decir que hoy son más importantes las divisiones ideológicas que la geográficas, lingüísticas o incluso raciales; esta opinión es ya tan generalizada que Maurach llegó a decir que «constituyen casi la regla llevar a cabo ataques exteriores con medios interiores».

Pero esta distinción nominativa, basada, como dijimos, en el fin perseguido, tiene importancia respecto a la perseguibilidad del delito. El liberalismo empezó a construir, y sobre todo como consecuencia de la separación del concepto Estado de la persona que ostenta el poder, la teoría de los delitos políticos; apelativo éste que implica un privilegio frente a los demás delitos; privilegios que se traducen esencialmente en la no extradición de sus autores o, en caso de que se conceda, se realiza bajo ciertas condiciones, como la de no imposición de la pena capital. No obstante, dada la confusión que actualmente se da entre ataque procedente del exterior con fines de subvertir el régimen interior, las propias naciones que fueron pioneras en tal construcción doctrinal, están volviendo a la no concesión de privilegios, sobre todo cuando ello implique derramamiento de sangre, es decir, la lacra terrorista de nuestra época.

Pero antes de introducimos en el estudio de los delitos que son objeto de este tema, observemos que ambos grupos de delitos descansan sobre tres conceptos que no pertenecen al Derecho penal, éste los toma del Derecho político; estos son: concepto de Estado, de Nación y de Patria. Ello nos obliga a detenernos, si bien brevemente, en fijarlos con la claridad posible, ya que sobre algunos de ellos las teorías que se construyen son múltiples.

2. La persona es un punto de perfección. Cuando Aristóteles calificó al hombre de Zoon Politikon, animal político, sabía de esta dimensión suya de perfectibilidad. La palabra, el Logos, diferencia al hombre de los demás seres porque significa lo justo y lo injusto, lo bueno y lo

malo. De tales características del hombre, nace la Polis, la comunidad política. El hombre apolítico es un ser imperfecto.

El hombre político crea y da forma a la comunidad mediante su ordenación por normas que las propia comunidad crea y de las que, al mismo tiempo, es destinataria. Estas normas creadas dentro de la comunidad, producen el Poder, el cual se manifiesta en todas las agrupaciones humanas: la autoridad del padre sobre la familia, del presidente sobre la asociación que preside, del alcalde sobre la ciudad, etc. Los diversos grupos de poderes, por otra parte, no están aislados unos de otros; se ligan entre sí con vínculos complejos, incluso el de subordinación, pues no todos ostentan el poder en igual medida, ello es debido a la necesidad que sienten los unos de los otros. Cuando en varios de esos grupos de poder que, a su vez, tienen ciertas características comunes, se da un sentimiento de solidaridad, podemos decir que surgió la Nación, que se configura como grupo superior que amalgama a los demás bajo un sentimiento de solidaridad nacional; y este sentimiento tiene que prevalecer frente a los sentimientos de grupo, incluso sobre el religioso ya que continuamente vemos el hecho bélico entre naciones de las mismas creencias, sin que este sentimiento común sea capaz de evitar la guerra. Priva también sobre la sode ellos es tampoco capaz de evitarla entre naciones de la misma raza o lengua; y por el contrario, países de diversas razas, lenguas o religiones, como Suiza, tienen el sentimiento de solidaridad nacional. ¿Cuál es entonces la fuente de esa solidaridad? La dificultad de fijarlas hizo exclamar a Renan, en su conferencia de la Sorbona en 1882: ¿Qué es una nación? (Interrogación que constituía el título de dicha conferencia); y después de examinar los factores que mencionamos, a los que se podrían añadir otros como el territorio, el espacio vital, sobre el que se realizó una vida en común generación tras generación, Renan dice que la nación «es un plebécito de todos los días», pero como dice Juan Ousset, el hombre no elige su nación, su tierra, como no elige a sus padres y no es posible pensar que una nación pierda su identidad por decisión de sus nacionales. Todos estos valores tienen, evidentemente, importancia pero no son determinantes pues ya vimos que pueden quebrar. Ahora bien, todos ellos engendran un sistema de valores de los cuales, en cada caso, cada uno de ellos puede ser dominante pero no exclusivo; así fue dominante la idea de raza en la nacionalidad alemana y el despertar de las lenguas fue en el siglo XIX causa importante en las nacionalidades.

A mi modo de ver, la razón más explicativa del concepto nación la da Duverger cuando dice que la fuerza del sentimiento nacional está en que la nación es, ante todo, una comunidad de creencias elaboradas a través de su historia. Cada pueblo se forja una imagen de su pasado que tiende a justificar con sus actitudes y sus aspiraciones; a través de la his-

toria, los ciudadanos de una nación toman conciencia de las diferencias (verdaderas o falsas; lo importante es que sean creídas) que les distingue de las otras naciones, llegando incluso a formarse estereotipos nacionales a los cuales los individuos tienden a parecerse la flema inglesa, el chauvinismo francés, el Quijote español, etc. Dice Juan Ousset: «la nación es la sucesión de los hombres en el pasado y en el porvenir, así como en el presente. No es el simple total de los que viven; la nación existía antes que ellos, y cuando ellos hubieran muerto los sobrevivirá». Nación es el encadenamiento de generaciones, en flujo viviente con conciencia de nosotros.

Ya apuntamos al principio que el concepto Estado tiene dos aspectos diferentes: uno que designa la organización gubernamental de una nación; otro que significa que el Estado es una comunidad humana con autosuficiente autoridad para gobernarse legalmente, es decir, con soberanía ordenada al bien común, según se organice esa soberanía, tendremos una u otra clase de Estado, que a través del tiempo sufrió múltiples concepciones de considerar al individuo únicamente como súbdito del padre-príncipe, que no tienen nada privado (el Rey es dueño de vida y haciendas y honras) o, por el contrario, sentar que el individuo lo es todo y cada uno de ellos tiene capacidad de decisión que se concreta en razón de la mayoría de opinión.

Este segundo concepto es lo que podríamos llamar el Estado nacional, que por existir con independencia de su forma de gobierno, es el que nos interesa a los efectos del contenido de este trabajo.

3. En sentido etimológico, Patria quiere decir tierra de los padres; Nación expresa idea de nacimiento, del latín natus. Lo cual podemos interpretar en el sentido de patria igual a herencia de nuestros mayores y nación igual a participación en la administración de esa herencia con la tierra, con lo que es patrimonio físico; nos referimos a la «tierra humana», el suelo sobre el cual los padres han marcado su huella y que formó el sentimiento nacional.

Patria es pues un sentimiento y como tal se lleva en el corazón al contrario que el Estado que es producto del intelecto. Patria es una sublimación del sentimiento de unidad de una nación; es el resultado del querer histórico de todos los que vivieron en este suelo y crearon un cúmulo de vivencias a las que amamos y cuyas glorias y ejemplos respetamos y estamos siempre dispuestos a emular, sean cuales sean las circunstancias que nos rodeen. Puede el poder crear un Estado; el mapa político varía con mucha frecuencia, sobre todo como consecuencia de la fuerza. Pero lo que no podrá nunca el poder es crear una Patria, pues como decía Renan, la patria más está hecha de muertos que de vivos, concepto al que hay que añadir el de fidelidad de los vivos a los hechos de los muertos pues esta fidelidad es el sostén de su continuidad.

Y siendo el Ejército el depositario de la confianza que los demás ciudadanos ponen en que este sentimiento pueda seguir vivo, pues le encomiendan su defensa, encomienda que aceptamos como el primero de nuestros deberes, es por lo que considero que la denominación de «delitos contra la Patria» y no «contra la seguridad exterior del Estado», es la adecuada para un Código de Justicia Militar, aún cuando este término se tome referido a lo que antes llamamos Estado-nación.

## TRATAMIENTO DE ESTOS DELITOS EN LOS CODIGOS PATRIOS

### 1. EVOLUCION HISTORICA

Al ser la idea de Estado consustancial con la humanidad, por ser el hombre esencialmente político y el Estado la organización política por excelencia, que existe aún en las épocas en que, como la feudal, casi no se advierte, las más antiguas legislaciones incluyen en sus listas de actos prohibidos, aquéllos que atentan contra tal institución, si bien adaptándose a la concepción que de ella se tuviera en cada época histórica. Cuando el basamento social lo era la religión, vemos que se incluyen como delitos actos que atacan las creencias religiosas; cuando el Estado se identifica con el príncipe, aparecen sancionados los hechos que toman a éste como sujeto pasivo de los mismos identificándolo con la institución Estado.

Por eso esta clase de infracciones es tan antigua como la sociedad misma. El Código de Manu (que la tradición brahmánica sitúa en el año 30 millones a. de Jc.), contiene como delito de Estado, la rebelión o la inviolable inflexibilidad de las castas, que tienen su origen en Dios mismo. El código de Amurabi, en Asiria, al lado de figuras delictivas totalmente vigentes, aparecen como delitos contra el Estado el robo del dinero de Dios o del Rey o el embrujamiento. Igual puede decirse del antiguo Derecho penal egipcio, el de Israel o del de la China, donde se considera delito de Estado el cometido contra los antepasados.

En la Grecia antigua, con su concepción de la polis-Estado, aparece ya la denominación de delitos de traición configurados en relación con su seguridad, si bien mezclados actos contra la seguridad exterior e interior con otros que, sin afectar directamente a la seguridad, causan perjuicios a la Polis.

En Roma, los delitos contra el Estado, aparecen con el Estado mismo y se basan en la perfidia o falta de fidelidad que el romano debía a

Roma. Bajo la denominación de perduello se comprendía todo acto contra el Estado, la paz pública y la dignidad de la Patria.

Con la República aparece la *proditio* que concretaba ya más el bien jurídico protegido que es la supervivencia del Estado y se refería a todo acuerdo con el enemigo que perjudicara los intereses de Roma o no tomase parte en su defensa. La sanción se acordaba en los comicios centuriados del campo de Marte, dándoles así un carácter militar; la importancia que a la persecución de estos hechos se daba nos da idea la circunstancia de que era admitido el testimonio del esclavo contra su amo. Las penas eran durísimas, como la decapitación después de la flagelación, el despeñamiento por la roca *tarpella* o la *crematio*, llegándose incluso a la muerte espectáculo como en el caso de las persecuciones contra los cristianos, considerados como enemigos del Estado.

Momsen dice que en época prejustiniana el soberano ostentaba entero poder sobre toda clase de infracciones, religiosas, militares y civiles, dentro y fuera de la ciudad, en la paz y en la guerra; pero es en ocasión del estado bélico cuando surge en Roma la identidad del mando militar con la jurisdicción, apareciendo entonces normas diferenciadoras respecto de las del Derecho penal común y es de hacer notar que los hechos punibles según el Derecho de la guerra eran, en parte, los mismos que los delitos contra el Estado, más los de conveniencia o utilidad militar.

Sabemos que los pueblos bárbaros, con Derecho no escrito, castigaban con la muerte en el fuego actos de esta naturaleza y son los Visigodos los que forman la primera recopilación de sus leyes consuetudinarias con el Código de Eurico, dado en Tolosa sobre el año 466, y el cual influyó en las legislaciones posteriores de los demás pueblos. Pero como en el territorio de asentamiento de estos pueblos, siguieron conviviendo los pueblos vencidos, nos encontramos con una dualidad de legislación: la bárbara, si bien con influencias romanas, y la de los pueblos vencidos que seguían observando el Derecho romano; esto perduró hasta que en 654 se unificaron ambas legislaciones con el *Liber Iudiciorum*, promulgado por Recesvinto y que fue la base de la legislación patria hasta que Fernando III promulgó el *Fuero Juzgo*, en donde se hace, de acuerdo con el concepto que entonces se tenía del Estado, identidad entre acto contra el Rey y contra el Estado. En la España cristiana de la reconquista, la denominación de traición se reservó esencialmente para los delitos contra el Rey, y digo esencialmente porque en algunos fueros se hizo extensión de esta denominación a hechos que perjudicaban a instituciones que no eran identificables con el Estado, así en el de Madrid se considera traidor al que atenta contra la seguridad de la casa.

Alfonso X el Sabio fijó el concepto de traición en las Siete Partidas con el concepto romano y por eso habla de *Lesá Majestad*, y consiste,

dice, en el engaño, falta de lealtad, enumerando bajo este prisma hasta catorce casos que abarcan desde la acción para quitar el reino a la obediencia del Rey, hasta la conspiración para la traición. Estos conceptos continúan en la Nueva y la Novísima Recopilación, de Felipe II y Carlos IV, respectivamente, ya que el concepto base, el de Estado, no había variado.

Pero si bien es cierto que estos ordenamientos que se sucedieron en nuestro Derecho patrio, constituyeron, cada uno en su tiempo, la única legislación penal, también lo es que cuando las instituciones armadas adquirieron el carácter de permanentes y se sientan las bases de las Ordenanzas Militares, comienzan a operar preceptos punitivos fuera de ellos, iniciándose una dualidad de legislación; mencionemos la organización de la justicia militar efectuada por Alejandro Farnesio en su Ordenanza e Instrucción o la célebre carta a su Emperador en la que le pedía el envío de un Auditor, pues se encontraba «manqués sin él».

El Teniente Coronel Auditor Montull Lavilla (Revista Española de Derecho Militar, nº 25) considera que la dualidad legislativa en este aspecto aparece con las Ordenanzas de Carlos III de 1768, al considerar que es en ellas donde por primera vez aparecen con verdadera y significativa generalidad figuras del delito de traición diferenciadas, tanto topográficamente como sustantivamente, de las que la Nueva Recopilación, entonces en vigor, preveía y castigaba; por ejemplo: art. 2º del Título XVII que castiga el faltar al secreto sobre asuntos del servicio; el art. 114 «El que fuere gancho del enemigo para tropas de otro Príncipe, se le pondrá en Consejo de Guerra y se le castigará con la muerte» el art. 117 del Título X, «el que por cobardía sea el primero en volver la espalda sobre acción de guerra... podrá ser muerto en el acto para su castigo y ejemplo de los demás». Esta figura de delito, con casi exacta redacción e igual pena y ejecución, pasó a nuestros Códigos marciales y en el de 1945 figura como el primer precepto del Título XI, dedicado a delitos contra el honor militar.

Pero no sólo de la existencia concreta de estos textos de las Ordenanzas de Carlos III, se deduce este comienzo de dualidad, sino también el inequívoco espíritu que las anima, pues siempre el sujeto activo tiene que ser militar y tan sólo en el caso de espionaje, art. 67, indica que si el autor fuere paisano, con inhibición de la que corresponda, la jurisdicción militar le impondrá la pena de muerte.

Hasta el año 1884, fecha en que se promulga nuestro primer Código Castrense, la protección de la seguridad de la patria continúa mezclada con otras disposiciones militares y desde el año 1822 también la legislación penal ordinaria se preocupa de incluir en su articulado estas infracciones, haciéndolo dicho Código bajo la rúbrica de «delitos contra la sociedad» y un subtítulo de «delitos que comprometen la existencia

política de la nación o exponen al Estado a los ataques de una nación extranjera». Y así llegamos a la legislación vigente, que continúa con la doble regulación de esta clase de delitos, si bien con la distinta rúbrica de «delitos contra la seguridad de la Patria», en el castrense, y «delitos contra la seguridad exterior del Estado».

## 2. DERECHO COMPARADO

La utilidad de examinar el Derecho de otros países para mejor ahondar en el nuestro, es algo que fue muy discutido por los tratadistas; mientras algunos lo consideran indispensable, elevándolo incluso al rango de ciencia jurídica, otros le niegan tal carácter, considerándolo únicamente como un metido que trata de determinar las notas comunes y diferenciales que existen entre determinadas instituciones o sistemas jurídicos, pero siempre y cuando que los ordenamientos que se trata de comparar tengan un substracto común, ya que el Derecho se entiende como una intención de solucionar los conflictos que la convivencia plantea a la comunidad; esa solución, como dice Rodríguez Devesa, tiene que ser justa y como pueden darse en varios ordenamientos políticos idénticos problemas, ya que en un momento determinado histórico es indudable que existe una gran homogeneidad en el campo de lo penal, conviene conocer las soluciones alcanzadas por países que se mueven dentro de nuestra órbita; ni que decir tiene que, por el contrario, aquellos ordenamientos que responden a conceptos ideológicos distintos, con formación cultural distinta, nada nos resolverán y tan sólo nos puede ofrecer su estudio una satisfacción de curiosidad. Pero, además, es necesario para lograr esa utilidad, que los pueblos cuyos ordenamientos comparamos, tengan un nivel técnico-jurídico equiparable, pues de nada sirve que el legislador confeccione una institución aceptando los más avanzados resultados de la investigación jurídica, si después los conocimientos de los que la aplicarán no están a la altura precisa. Igualmente es necesario un funcionamiento adecuado de la administración de justicia y una organización policial homogénea en sus métodos investigatorios.

Los Estados, como entes con personalidad jurídica, tienen una serie de derechos en el campo del concierto internacional, entre los que se encuentran los de independencia e integridad, y si bien estos derechos eran doctrinalmente reconocidos en el campo del Derecho Internacional, no tuvieron una regulación articulada hasta el año 1949 en la Asamblea General de la O.N.U., en la que se aprobó la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados de la misma. Con anterioridad, los Estados protegían la paz a través del Derecho interno de cada cual. En



todos los Códigos penales se tipifican delitos de esta naturaleza, sufriendo, a través de su historia, parecida evolución que en nuestro Derecho patrio y observándose en todos ellos la misma distinción entre seguridad interior y seguridad exterior y se contiene en legislación penal civil o militar según la extensión y organización de ésta en cada país.

Como nota común a todos ellos resaltamos la de que, a partir de la última guerra mundial, se observa una mayor rigurosidad en su sanción, sobre todo en los países que la sufrieron.

Si echamos un vistazo por los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo, así como por los de las naciones americanas que heredaron nuestra cultura, veremos que respecto a estos delitos que venimos tratando, se pueden agrupar en los siguientes bloques, según Montull Lavilla.

A) Códigos penales militares que exigen la condición de militar en el sujeto activo del delito castrense, ya remitiéndose, para definir los correspondientes tipos delictivos, a las figuras previstas en el Código Penal común, ya definiendo tipos más genuinamente castrenses dentro del propio texto militar. Dentro de este grupo tenemos los Códigos militares de paz y guerra de Italia, el Código de Justicia Militar de Argentina, el Código de Justicia Militar de Estados Unidos de Norteamérica.

B) Códigos penales militares que, en general, se remiten a los exclusivos tipos de traición del Derecho común, atribuyendo su conocimiento a la jurisdicción castrense, en el exclusivo caso de que sean cometidos por militares, sin recoger propias figuras de estos delitos. Así citaremos: la Ley Penal alemana, la Ley Penal inglesa y el Código Penal Militar de Uruguay.

C) Códigos penales militares que, fundamentalmente y para tiempo de paz, sólo articulan delitos de traición con sujeto activo militar y, únicamente para el supuesto de tiempo de guerra, se describen tipos con sujeto militar o paisano o se atrae el conocimiento de cualquier delito de esta naturaleza a la jurisdicción castrense. Pertenecen a este grupo los Códigos de Justicia Militar francés, el de Portugal y el de Brasil; merece mención especial el Código Penal de Suecia, que regula delitos militares para el tiempo de paz y para el tiempo de guerra.

D) Códigos penales militares que regulan estos delitos sin atender a que sean cometidos por militares o civiles, tales como el suizo, el del Perú y, desde luego, el nuestro.

### 3. CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Es empresa vana, dicen Rodríguez Devesa y Quintano Ripollés, el pretender garantizar la seguridad exterior del Estado, protegerle de in-

gerencias provenientes del exterior, sin tener en cuenta que la protección del Estado está situada más allá de sus fronteras. Su paz no puede desligarse de la paz de otros territorios, como él independientes; y esto es válido hoy mucho más que antes, a causa del alcance de las armas modernas y el régimen de alianzas que convierten en agresor a cualquier Estado, sin tener en cuenta la situación geográfica de ambos. Por eso es una elemental necesidad de la solidaridad internaciones y de los derechos naciones, la condenación en una ley penal de la Guerra de Agresión como delito internacional. Pablo VI, en *Eclesian Suman* dice: «no puedo menos de denunciar, como delito y como ruina, la guerra de agresión, de conquista o de predominio». El General Auditor y Catedrático de Derecho Internacional Fernández-Flores (*Del Derecho de la Guerra*), propugna que el Derecho de la guerra, que antes de ella se ocupa de evitarla y durante su desarrollo procura dulcificarla, ya que la guerra aunque prohibida es una realidad y siempre será mejor regularla que ignorarla, también se aplique después de la guerra, con el castigo o punición de los delitos cometidos durante la guerra o con ocasión de ella, abarcando en esta expresión también a los delitos contra la paz y delitos contra la humanidad.

La existencia de esta legislación, no sería obstáculo para que las legislaciones nacionales continúen conteniendo tipos cualificados de delitos para el caso de que la agresión o propaganda bélica se dirija concreta y directamente contra un país determinado. Por otro lado, los convenios internacionales obligan a adoptar disposiciones para castigar los crímenes de guerra; hacen falta preceptos punitivos que, llegado el caso, afirmen en los que conducen la guerra, tanto en el campo adversario como en el propio, la criminalidad de estos hechos.

Por ello, los tratadistas, la doctrina, opinan que se impone la creación de un título en los Códigos penales, que debería ser el primero, de la parte de los delitos, que sancionara hechos de esta naturaleza que ponen en peligro la paz internacional. Maurach dice: «se agregarían estos delitos bajo el epígrafe de delitos contra los valores comunitarios supraestatales», en los que se incluirían los hechos punibles contra las bases de la convivencia pacífica, los fundamentos éticos de la vida de la comunidad.

# TRATAMIENTO DE ESTOS DELITOS EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR ESPAÑOL

## 1. GENERALIDADES RELATIVAS A ESTOS DELITOS

Seguramente habéis oído que una de las múltiples clasificaciones que se hacen de los delitos es el de delitos públicos y delitos privados o, si queremos utilizar una terminología más procesal, delitos de acción pública, cuya persecución puede hacerla cualquier ciudadano y siempre tienen que ejecutarla los órganos judiciales y policiales del Estado, y delitos de acción privada, cuya persecución se deja a la voluntad de la persona ofendida o su representante legal, al menos en el inicio de la acción, ya que se considera que circunstancias extrapenales aconsejan que debe decidir el perjudicado, y aun iniciada la acción, también se le permite decidir sobre si el culpable ha de cumplir o no la pena. Pues bien, en el Derecho Militar no existen delitos solamente perseguibles a instancia de parte, todos son delitos públicos, ello por la razón de que siempre, si bien puede haber una persona física que soporta la acción como en el caso del insulto a superior o el de abuso de autoridad, el primer bien jurídico protegido es la Patria o los Ejércitos y sus virtudes esenciales.

Nuestro vigente Código de Justicia Militar, que como ya dijimos, fue promulgado el año 1945, si bien a lo largo de su vida sufrió ciertas reformas, dedica su Título VIII a regular los delitos contra la seguridad de la Patria, cuyo título se subdivide en tres capítulos: el primero configura los tipos del delito de traición, el segundo el de espionaje y el tercero los delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo.

## 2. TRAICIÓN

A) *Concepto.*— Todos los Códigos encabezan su parte dedicada a delitos y sus penas con el delito de Traición, que hiera el sentimiento más natural y primario del hombre: el de solidaridad nacional y su fundamento en el amor a la patria. Traición, etimológicamente procede de traditio, entregar. Decían las Partidas: «Taryción tanto quiere decir como traer un ome a otro so semejanza de bien a mal; et es maldad que tira assi la lealtad del corazón del ome». La Academia de la Lengua dice que Traición es «quebrantamiento de la fidelidad o lealtad», y la exposición de motivos de nuestro Código la define como «el rompimiento del vínculo que liga al nacional con su Patria».

B) *Bien jurídico protegido.*— Es claro que el bien jurídico protegido

do es la independencia o la integridad de la Nación, ya que todas las figuras delictivas que el Código sanciona tienen por fin el provocar una guerra contra España por parte de otra Nación soberana o favorecer la ya iniciada. Ahora bien, vemos que para que se dé el delito de Traición no es necesario que la guerra llegue a tener lugar, simplemente es suficiente con que se consuma la total acción que constituye el delito, como por ejemplo el art. 262 que se refiere al español que en tiempo de paz o guerra entregare o comunicare a otros, planos, diseños o documentos secretos, relativos a la defensa nacional, siempre que hubiere posibilidad de perjuicio para la Patria y el art. 263, relativo a la propagación de noticias, en paz o guerra, no estando autorizado para ello y que sean relativas a la defensa nacional. Por el contrario, en la mayoría de los preceptos es necesario que se consuma la acción dentro de una situación de guerra, sin necesidad de que ésta se hubiera declarado formalmente; es suficiente con que se encuentre fácticamente en guerra llevada a cabo con armas, lo que excluye las que Fernández-Flórez llama guerras impropias, como las psicológicas, guerra fría o guerra subversiva. Algunos autores consideran que puede darse el delito de Traición en situación de guerra civil; yo creo que esto no es acertado ya que una guerra civil se deriva siempre de una situación de rebelión, y en este caso no es la independencia o integridad o la soberanía de la Patria la que está en peligro, ni lo que dio origen a la rebelión, sino generalmente lo que se busca en este caso es el cambio del sistema político que impere en ese momento; claro está que esa guerra civil puede internacionalizarse, en cuyo caso sí se daría el delito de traición.

C) *Clasificación.*— El Código castrense español, en los arts. 258 al 269, agrupa una serie de hechos que considera constituyen el delito de Traición siguiendo el orden de su gravedad y, consiguientemente, la de importancia de las penas a imponer en cada caso, lo cual pudiera dar la impresión de que hechos, en principio, iguales están contenidos en distintos preceptos con penas también distintas; por ejemplo, el caso del núm. 1.º del art. 258 «el que abandonando sus banderas entre a formar parte del Ejército enemigo» y el núm. 1.º del art. 259 «que tome las armas contra la Patria bajo banderas enemigas». Así vemos que los dos citados que a primera vista parecen idénticos, ya que entrar a formar parte del Ejército enemigo implica, indudablemente, combatir contra la Patria; sin embargo, no es tanta la identidad; mientras el primero exige dejar la bandera propia, el segundo lo comete aquel que no estaba encuadrado en el Ejército propio y entró a formar parte del enemigo. Estos ejemplos, sacados ya de los dos primeros artículos del mismo capítulo, podrían multiplicarse. Por eso nos parece más claro el hacer una sistematización de estas infracciones atendiendo a sus aspectos subjetivos y objetivos.

Atendiendo el aspecto subjetivo, el delito de Traición puede cometerse por:

- a) Animo hostil a la propia Patria.
- b) Menosprecio del deber de fidelidad a ella, anteponiendo los impulsos de cobardía, afán ella, anteponiendo los impulsos de cobardía, afán de lucro, ambición, etc.
- c) Inobediencia, infringiendo reglas jurídicas dictadas para el tiempo de guerra o medidas de gobierno encaminadas a la seguridad de la Patria.

Atendiendo al aspecto objetivo, la traición puede consistir:

- a) Agresión a la Patria mediante
  - Las armas.
  - De otro modo en inteligencia con el enemigo.
- b) Favorecimiento del enemigo mediante
  - Seducción de tropa y reclutamiento de gente.
  - Entrega de territorio, fuerza o recursos.
  - Espionaje impropio.
  - Prestación de otros servicios.
- c) Quebrantamiento de la defensa nacional mediante
  - Sustracción de fuerzas o medios de combate.
  - Sabotaje en instalaciones o material.
  - Propaganda derrotista o desmoralizadora.
  - Perjuicios económicos.
  - Falsedades o argucias maliciosas.
  - Infracción de excepcionales medidas de gobierno.

D) *Dolo*.— El delito de Traición no puede cometerse nunca por imprudencia, pues este delito requiere siempre el dolo específico de querer ir directamente contra la Patria, tomando partido de forma activa por sus enemigos. Cuando falte la voluntad específica de cometer traición, el hecho puede ser constitutivo de otro delito de distinta naturaleza, como puede ser el de negligencia o contra el honor mili-

tar, etc; como por ejemplo: el hecho de divulgar el santo y seña o contraseña que puede constituir el delito del núm. 2 del art. 259, si se facilita al enemigo con el fin de facilitar sus operaciones o perjudicar las propias, puede ser un delito contra el honor del núm. 3 del art. 356, si la revelación se realiza en campaña o lugar declarado en estado de guerra, pero no con la intención (dolo específico) de favorecer al enemigo, y puede constituir simplemente una falta grave del núm. 10 del art. 437, si esa revelación se hace en tiempo de paz.

E) *Autoría*.— Todo delito ha de tener dos sujetos: un sujeto activo, que realiza la acción constitutiva del delito y que producirá el resultado dañoso pretendido (que no impide que ese sujeto sea múltiple), y otro sujeto pasivo que soporte la acción y contra el que se dirige el mal querido (que también puede ser múltiple).

El sujeto pasivo en los delitos de traición es siempre la Patria y por extensión, también lo puede ser otra nación, siempre que sea aliada de España y se encuentre en campaña; pero por lo que respecta al sujeto activo, dada la dualidad de legislación en nuestro Derecho, si es preciso preguntarnos si el delito de traición puede ser cometido por personas que no sean militares; podría pensarse que dado que este delito también está sancionado en el Código Penal común, éste sería aplicable a los que no tienen la condición de militar y aquél, por el contrario, se aplicaría a los que tuvieran tal carácter. Por eso urge decir que el delito que estudiamos puede ser cometido por paisanos y, naturalmente, por militares, si bien hay figuras que exclusivamente pueden ser realizadas por militares, ya porque así lo especifique el propio precepto como el 267, del que luego nos ocuparemos con más detenimiento, o por deducirse así del texto legal, como ocurre con el núm. 1.º del art. 258, pues el estar bajo banderas implica ser militar, y si se toman las armas contra la Patria sin ser militar se cometerá el delito del núm. 1.º del art. 259, el cual además tiene su parangón en el Código Penal común, en el art. 1.122, núm 1.º. Igual sucede con el núm. 6 del art. 258, ya que mal se puede pensar que en contacto de lucha con el enemigo, una persona que no sea militar pueda entregarle una plaza, un puesto o posición, buque, aeronave o fuerza a sus órdenes.

También podemos preguntarnos si estos delitos pueden ser cometidos por extranjeros, ya que siendo, como tanto dejamos dicho, la base de este crimen la falta de fidelidad a la Patria, no parece que al que no es nacional pueda serle exigida; no obstante, siendo cierto, los Códigos suelen extender dicha responsabilidad a extranjeros, naciendo así la figura que doctrinalmente se llamó de cuasi traición, por los graves perjuicios que de la acción se derivan generalmente; ahora bien las penas son inferiores que para los nacionales y su sanción se supedita a que se encuentre en territorio nacional y dejando a salvo lo que para los fun-

cionarios diplomáticos se acuerde en tratados o disponga el Derecho de Gentes. Beneficio éste de extranjería que no alcanza a los que siéndolos hubieran entrado voluntariamente al servicio de España.

F) *Comentario de algunos preceptos.*— No tendría objeto alguno el que ahora enumerásemos uno por uno todos los tipos de delitos que el Código define como traición, haríamos esta exposición larga y más tediosa de lo que de por sí puede resultar para no profesionales del Derecho; pero sí quiero llamaros la atención sobre unos preceptos que ofrecen ciertas peculiaridades, tales como los arts. 267, 268 y 269.

El primero considera reo de traición al militar que teniendo conocimiento de que se intenta cometer un delito de traición no dé parte a sus superiores tan pronto como pueda, será castigado como si lo hubiera cometido.

Los delitos pueden ser cometidos por acción u omisión; en el primer caso el autor del delito tendrá que realizar una conducta activa, el segundo tendrá que dejar de realizar una acción a la que vendría obligado por expresa disposición del precepto que comentamos. Esta obligación de actividad viene justificada por la misión fundamental y más sagrada de los Ejércitos, que es el defender la soberanía e independencia de España y, en consecuencia, el militar que permanece impasible ante el peligro de la Patria y que está obligado a evitar, falta evidentemente a la fidelidad que le debe como nacional y que juró como militar.

El precepto presenta dos problemas importantes: uno de tipificación y otro de penalidad. El primero consiste en que indudablemente no podrá genéricamente darse por cometido este delito, será necesario especificar en qué tipo se encontraría encuadrado el hecho del cual tuvo conocimiento, dado que el precepto dice «... será condenado como si lo hubiera cometido»; no es posible entonces la sanción ante un conocimiento genérico, pues sería imposible su calificación legal, condición indispensable para imponer una pena. El problema respecto a la imposición de pena, presenta la dificultad del caso de que el delito de traición de que tuvo conocimiento, no se cometa, bien por propio o voluntario desestimiento o por no haberse consumado, quedándose en grado de frustración o tentativa; en estos casos tendríamos: que no fuese punible y que constituya una tentativa o frustración, en cuyo caso a los que pretendieron la traición se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados y, por el contrario, al no delator se le impondrá la pena que corresponda al delito consumado.

El art. 268, constituye lo que la doctrina denomina una excusa absoluta que excluye la punibilidad, dejando al culpable sin pena en ciertos casos declarados expresamente por la Ley. Es una causa de tipo personal que no beneficia a los demás coautores del delito y, por tanto, deja en pie la antijuricidad y la culpabilidad, hay delito porque el hecho

es antijurídico, hay autor responsable, pues no concurre ninguna circunstancia que la excluya, pero no se impone pena por expresa disposición de la Ley, con lo que viene a constituir, en realidad, un perdón legal basado en múltiples razones de política criminal; en este caso se basa en una razón de utilidad práctica.

El último de los preceptos citados, constituye una excepción a la regla general de aplicación de penas que determina (art. 238) que a los autores de conspiración y proposición de conspiración y proposición, se les impondrá la pena inferior en grado a la señalada al delito consumado o incluso en dos grados. Es cierto que no es éste el único caso en nuestro Código en que la conspiración o proposición no sigue la regla general citada, pero también es cierto que es el único caso en que se puede llegar a imponer una pena al autor de conspiración o proposición de traición igual que si se hubiera consumado.

### 3. DELITOS DE ESPIONAJE

A) *Concepto.*— Para comprender mejor el delito de Espionaje, debemos empezar por dar un concepto de la persona que lo realiza y a la cual llamamos espía. En un concepto un tanto vulgar, espía es toda aquella persona que se dedica a enterarse de secretos y comunicarlos a otra persona que se encuentra interesada en conocerlos; en un aspecto más tecnicado, que es el que nos interesa, equivale a persona que se introduce subrepticamente entre los adversarios para observar cuanto pueda interesar a su propio país o al que le paga para ello. Sabemos, aquí en este curso lo vimos en los diferentes ejercicios que realizamos, lo importante que es la información sobre el enemigo (misión de la 2ª Sec. de los Estados Mayores); el buen resultado de la mayor parte de las operaciones de guerra, y desde luego, el mejor planteamiento de las propias, depende del hecho de que se posea una buena información referente a las intenciones, los medios con que cuenta, posición y cuantos datos sea posible conocer del enemigo. Y esto hasta tal punto es importante que los países organizan lo que se llaman Agencias de Información, las cuales actúan no sólo en tiempo de guerra; la avanzada tecnología moderna, de decisiva influencia en un futuro conflicto armado, hace que también sea precisa su actuación en tiempo de paz y no sólo a países que posiblemente sean los enemigos en un futuro. Por esta importancia a que nos referimos para la acción bélica, es por lo que podemos decir que los espías son antiguos como la propia guerra. El Derecho antiguo incluía el delito de espionaje en confusión con otros delitos que amenazaban su seguridad, como ya dijimos en la evolución histórica, pero aclaremos que también desde antiguo la denominación



de espía se le dio generalmente al agente de la potencia enemiga, al igual que ahora, ya que el que realiza esta misión a favor del Estado favorecido, no sólo no comete delito para con este Estado, sino que se le recompensa (más adelante diremos algo sobre la autoría); las Partidas, les llamó Barruntes, y ordenaban que se recompensara con largueza a quienes desempeñan con lealtad esta arriesgada misión. Pero la misma importancia de su misión, hace que por parte de la potencia espíada se considere este delito como extremadamente grave.

El concepto de espionaje ya dijimos que está unido a actuación subrepticia; por esta razón, en Derecho Internacional, no se considera espía al militar que con uniforme reglamentario y con las divisas reglamentarias, penetre en la zona de operaciones del ejército enemigo con el fin de realizar reconocimientos, tal como sucede en servicios de comandos, vuelos de reconocimiento; estos militares, en el caso de ser hechos prisioneros, tienen la consideración de prisioneros de guerra, tal como se recoge en el núm. 2º del art. 272 de nuestro Código.

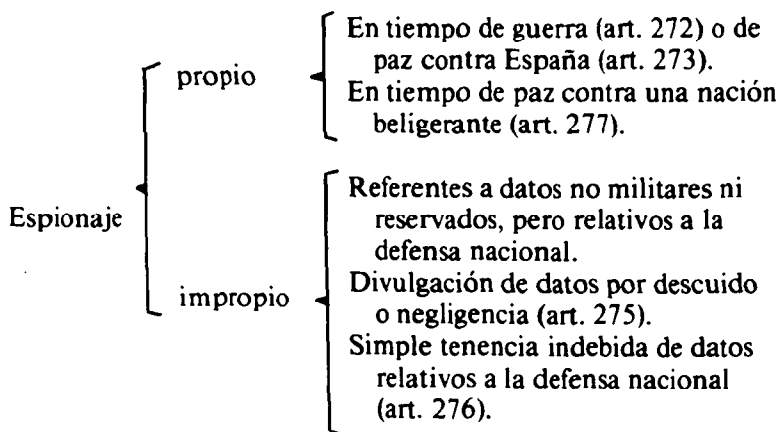
B) *Su regulación en el Código de Justicia Militar.*— Es de destacar que el carácter de este delito es exclusivamente militar, hasta el punto de que casi todos los Códigos penales comunes hacen abstracción de su configuración, reservándolo únicamente para los Códigos militares; muy concretamente nuestro Código Penal sigue este sistema y tan sólo en sus preceptos se encuentra una figura de delito que pudiera equiparar al de espionaje, es la incluida en el último número del art. 122, incluyéndolo, por tanto, dentro del delito de traición y se refiere al español que revelare secretos políticos, militares o de otro género que interesen a la seguridad del Estado, y el que se procure dichos secretos y obtuviere su revelación. Esta postura es perfectamente justificada por los intereses y constituyen el bien jurídico protegido que son las operaciones de campaña, si ya estamos en situación guerra, o los planes de defensa nacional.

Nuestro Código realiza una regulación del espionaje bastante más técnica que el anterior, al definir tipos de modo comprensivo y conciso, salvo en lo que se refiere al caso 4.º del art. 272, que indudablemente encaja mejor al espíritu del delito de traición, pues no debemos olvidar que el concepto del espionaje consiste esencialmente en la actitud de procurarse noticias sobre la defensa nacional y proporcionarlas a potencia extranjera con perjuicio de España, circunstancias que no se dan en el presente caso. Por el contrario, constituye un acierto el contenido del art. 274, que resuelve el problema de si para que se cometa el delito es condición precisa que la información facilitada o simplemente buscada, sea clasificada como reservada o tenga carácter exclusivamente militar; es suficiente con que afecte a la defensa nacional. A tal respecto el Coronel Rodríguez Devesa opina que la Ley 9/1968, sobre secretos oficia-

les, no incide sobre el Código porque, aunque el art. 13 de la Ley el art. 13 de la Ley dispone que «las actividades reservadas por declaración de Ley y las materias clasificadas, no pueden ser comunicadas, difundidas, ni publicadas, ni utilizando su contenido dentro de los límites establecidos por la misma Ley», al señalar las responsabilidades se limita a decir que el incumplimiento de esta limitación será sancionado conforme a las Leyes penales si procediere; lo que equivale a decir que son los requisitos del Código Penal los que deben concurrir para la configuración del delito, son interferencias de preceptos procedentes de otros campos.

También regula perfectamente el aspecto penalógico, ya que especifica con toda claridad las circunstancias que paz o guerra, así como qué penas corresponden en cada caso.

Y dicho esto, al igual que hicimos con el delito de traición, vamos a sistematizar los distintos tipos de infracciones de espionaje por las mismas razones que ya expusimos al tratar de aquel delito. A tal efecto se pueden distinguir dos grandes grupos:



C) *Autoría*.— Así como el delito de traición está esencialmente concebido para su comisión por españoles, sean militares o no, por el contrario, el de espionaje lo puede cometer un nacional o un extranjero; es más, yo diría que es difícil que este delito se pueda cometer por un español, ya que cualquier hecho que realizado por un nacional tienda a favorecer las armas enemigas incide con claridad en el concepto de traición y de hecho encontramos preceptos en este delito que la única razón de su colación entre ellos es la de que son cometidos por nacionales; por ejemplo, el caso 7 del art. 258, mantener relación (sin especi-

ficar clase) con el enemigo sobre operaciones de campaña; el núm. 2 del art. 259, facilitar planos, santo y seña o cualquier dato al enemigo. Si un español comete espionaje en contra de España, es indudable que favorece a las armas enemigas. Claro que quedaría el caso de que la nación favorecida no fuera enemiga, concepto que sólo se da, al menos en sentido formal, en caso de guerra y que son elementos esenciales del delito de traición.

Los delitos de espionaje tienen un marcado carácter formal, por lo tanto no existe distinción entre los diferentes grados de perfección del delito; siempre que se cometa algún acto externo tendente a este delito, se considera cometido en grado de consumación; así vemos que el propio Código sanciona como delito consumado la simple búsqueda de noticias sobre la defensa nacional o el introducirse subrepticamente, sin objeto justificado, en una instalación militar (art. 272), actos que de no ser expresamente definidos como delito, serían frustración o tentativa. Otro tanto ocurre con la participación en el delito, no puede darse participación en concepto de cómplice o encubridor; el art. 278 considera como delito de espionaje cualquier acto que suponga cooperación en el mismo, bien encubriendo a los espías o de otro modo los auxilie, y no puede interpretarse esta última alocución («o de otro modo los auxilie») referida únicamente a la persona del espía, hay que extenderla a la acción del espía, ya que, de otro modo, un acto de simple auxilio a una persona, por ejemplo facilitarle viveres, sería penado con mucha más gravedad que la complicidad en el hecho delictivo, al que se impondría la pena rebajada en un grado.

Por último diremos que también en este capítulo se configura la exclusión absoluta de que ya hablamos en la traición; el párrafo 2.º del art. 278, que debía constituir un artículo aparte, pues no guarda relación alguna con el primero, así lo sanciona, dejando exento de pena al que descubra antes de cometerse.

#### 4. DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES, DEVASTACIÓN Y SAQUEO

A) *Concepto*.— Decía San Ambrosio de Milán que también la guerra tiene sus normas de Derecho y entre los mismos adversarios los convenios deben ser cumplidos.

Si hay un Derecho de la Guerra (ver la obra citada del General Auditor Fernández-Flores) que establece normas que implican deberes y contienen prohibiciones, es lógico que exista un derecho sancionador del incumplimiento de estas normas reguladoras de la guerra. El término *Ius Gentium* fue muy utilizado durante toda la Edad Media y a tra-

vés de los escolásticos como Santo Tomás de Aquino, llega a la Edad Moderna, en la cual sobresalen nuestros clásicos P. Vitoria, Fernando Vázquez de Menchaga y P. Suárez, como fundadores del Derecho Internacional. La dulcificación de los horrores de la guerra fue siempre una preocupación de la humanidad y la Iglesia Católica se distinguió en este afán, todos oímos hablar de la Paz y la Tregua de Dios y de las mediaciones del Papado en evitación de guerras entre naciones, allí donde podía ejercer su influencia.

La posición de la persona individual en el Derecho de gentes es un tema muy debatido por los tratadistas del Derecho Internacional. No obstante, hoy en día se está de acuerdo en que el individuo que comete crímenes de guerra, responderá, al menos penalmente, directamente de su acción; pero como de responsabilidad criminal puede derivarse una responsabilidad civil, la cual no sigue en este caso al responsable penal, como ocurre en el derecho penal nacional, sino que el art. 3 del IV Convenio de la Haya de 1907, la hace recaer sobre la colectividad a la que pertenece el responsable penal (de otra manera las indemnizaciones serían ilusorias, ya que muy difícilmente una sola persona podría satisfacer los enormes perjuicios que normalmente se derivan de estos delitos); dice dicho precepto: «La parte beligerante que no cumpla las disposiciones de dicho Reglamento, estará obligada a una indemnización, si hubiera lugar a ella. Será responsable de todos los actos que cometan las personas de sus Ejércitos».

Esta responsabilidad penal del individuo, el Derecho de gentes puede exigirla a través de Organos internacionales o bien a través de los propios Tribunales de justicia internos, los cuales pueden pertenecer al país del presunto responsable o al país que sufrió el daño, aplicando, en cada caso, las reglas internas de ese país que juzga el hecho, las cuales, en realidad, vienen a constituir reglas de Derecho internacional incorporadas a las legislaciones propias; en este caso la doctrina les puso un nombre, les llamó Derecho Internacional en sentido derivado. Estas normas de Derecho Internacional incorporadas al Derecho penal interno, están redactadas tomando como base los actos que el Derecho internacional considera como ilícitos; por el contrario, la sanción es competencia de la propia legislación interna.

Debemos aquí mencionar, sin extendernos en el examen del contenido, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que consagran el principio de la Jurisdicción Universal, por la cual las partes contratantes se comprometen en determinar sanciones, búsqueda de los responsables, entrega a los Tribunales propios o de la otra parte, adopción de medidas para evitar la prescripción, etc. Pero, en todo caso, sea cual sea la nación que juzga, tendrá que aplicar la legislación especial que

está obligada a dictar por los propios convenios (art. 28 del Convenio de La Haya de 1959).

En nuestro Código de Justicia Militar, el capítulo III del Título VIII, está dedicado a «delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo». En esta denominación, debe advertirse, como dice el Comandante Auditor Pastor Ridruejo, que la expresión Derecho de gentes se toma en el sentido usual de Derecho internacional, y así lo hace el Reglamento de Servicio en el Ejército de 1882, art. 823, al decir: «Constituye el Derecho Internacional o el Derecho de Gentes la reunión de principios jurídicos a que se sujetan las relaciones pacíficas u hostiles de los Estados independientes entre sí».

B) *Tratamiento en el Código de Justicia Militar.*— Estos delitos se incluyen bajo la rúbrica general del citado Título VIII de «Delitos contra la seguridad de la Patria», ya que estos actos contrarios al Derecho internacional, al ser realizados por órganos estatales, dan lugar a una responsabilidad internacional del Estado, afectando así a su propia seguridad; si bien, en principio, el fin primordial de la persecución de estas infracciones y la razón del acuerdo internacional sobre ellas, es proteger bienes jurídicos del Derecho internacional. A tal respecto dice Manzini: «... Es evidente la gravedad de los intereses que la Ley quiere tutelar; ella exige el respeto a los pactos internacionales no sólo por el deber de lealtad que incumbe a todos los Estados civilizados, sino además para evitar el peligro de que se rompan o reemprendan hostilidades por parte del Estado agredido, al cual el Derecho Internacional reconoce facultad de reacción, o si se realizan en plena campaña, la repercusión de tales actos puede consistir en graves represalias».

Nuestro Código militar no distingue con claridad los tres tipos de delitos a que se refiere este capítulo, entremezclando unos con otros. Si hacemos una lectura del mismo veremos que los actos que ofenden al Derecho de Gentes, están contenidos en los arts. 279 y 281; los referentes al delito de devastación están contenidos en el art. 280, y, por último, los de saqueo se sancionan en los arts. 282, 283, 284 y 285.

C) *Objeciones a esta regulación.*— A la regulación que realiza nuestro ordenamiento militar, se le suelen achacar los siguientes defectos:

1.º La inclusión de algunos tipos, como la del art. 283 («El militar que en la guerra despoje y se apropie del dinero y alhajas que sus compañeros de armas lleven sobre sí») que más afecta al honor que al Derecho Internacional, ya que, además, el despojo de miembros del Ejército enemigo se contempla en el artículo anterior.

2.º No inclusión en su articulado de actos bélicos que el Derecho Internacional positivo considera expresamente como ilícitos, ya que el legislador no se preocupó de ir incluyendo los contenidos de este orden

en los convenios internacionales posteriores a la promulgación de nuestro Código.

3. Alguna inexactitud en la redacción de preceptos, como el art. 280, al castigar, sin más aclaraciones, el incendio de aeronave por un militar sin orden de sus superiores, lo que dará lugar a considerar supuestos de realización de estos hechos como no incluidos, si bien ateniéndonos a la letra, si lo están, como el incendio de aeronave que puede ser empleada contra él.

4.º La inclusión dentro del Título VIII, se considera que no es demasiado afortunada, ya que, como dejamos dicho, más parece proteger su propia seguridad, fin no buscado por el Derecho Internacional, que al cumplimiento de lo acordado para la humanización de la guerra.

Estos defectos que aquí señalamos deben de ser tenidos en cuenta para un futuro Código, sobre todo el comprendido bajo el núm 2, ya que supone un incumplimiento de obligaciones contraídas por España al rectificar los tratados internacionales citados; los demás, si bien deben de ser tenidos en cuenta, afectan tan sólo a una exigencia de mejor técnica jurídica.

## TRATAMIENTO DE ESTOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL COMÚN

Con mayor brevedad vamos a examinar ahora los delitos contra la seguridad exterior del Estado comprendidos en nuestro Código Penal común. Esa brevedad nos viene impuesta por razones de extensión del tema y me pareció más interesante en este momento, el hacerlo con un poco más de detenimiento en nuestro Derecho Militar, dado que además, muchos conceptos son comunes, incluso lo son, como veremos en el epígrafe siguiente, el contenido de muchos preceptos de ambos cuerpos legales en el delito de traición. De ahí el confusionismo de que hablamos anteriormente.

El Código Penal común agrupa los delitos contra la seguridad exterior del Estado en el Título 1.º del Libro II, capítulos I a V, ambos inclusive, dedicados respectivamente a los delitos de traición, delitos que comprometen la paz o independencia del Estado, delitos contra el Derecho de Gentes, delitos de piratería y el último contiene disposiciones comunes a los anteriores.

### 1. TRAICIÓN

A) *Concepto*.— El concepto que los tratadistas dan de este delito,

contemplado desde la óptica del Código Penal común, es exactamente el mismo que dimos al referirnos a nuestro Código Castrense. En ambos es básico por parte del autor que tenga ánimo de favorecer al enemigo y el bien jurídico protegido es también el mismo. Es válido igualmente respecto a la situación del hecho de un estado de guerra y lo referente a sujetos activos y pasivos. Rodríguez Devesa a este respecto realiza una crítica que igualmente es válida para nuestro Derecho militar, diciendo que a pesar de las grandes alianzas militares, subsiste en alto grado una insolidaridad legislativa entre las naciones, pues sólo la Ley penal militar danesa de 1937, considera los delitos cometidos contra las fuerzas armadas aliadas como si fueran realizados contra las propias; todos los demás Estados presentan reservas al respecto de uno u otro tipo como la exigencia de reciprocidad o la existencia de una guerra común.

B) *Figuras contenidas en el Código Penal.*— Los delitos de traición contenidos en el Código Penal común se pueden esquematizar en los siguientes grupos:

a) Inducción a la guerra contra España (art. 120).

b) Actos tendentes a favorecer al enemigo en guerra contra España; casi todos los tipos de delito que comprende este grupo se encuentran también en el Código de Justicia Militar, salvo que en este último no se incluye la lucha bajo banderas sediciosas o separatistas y, por tanto, el favorecimiento de estas acciones bélicas. Ello no puede interpretarse en el sentido de que el Código Castrense no sancione actos que favorezcan luchas de esta naturaleza y que tienden a perjudicar la paz y la integridad de la Patria; lo que sucede es que este Código tiene otros tipos de delitos, bajo la rúbrica de delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos, que contempla infracciones cuyo fin es la sanción de hechos de esta naturaleza sediciosa o separatista.

c) En el art. 122, núm. 6, se hace referencia, y es la única de todo su articulado, a un caso de espionaje, si bien considerándolo como traición, pues como ya dijimos anteriormente al hablar de espionaje en el Código de Justicia Militar que este delito, generalmente, tan sólo encuentra regulación con sustantividad propia en los Códigos militares.

d) El art. 123, considera como delito de traición los ultrajes a la Nación Española o al sentimiento de unidad, símbolos y emblemas. Este precepto tiene su antecedente en la llamada Ley de Jurisdicciones de 1906 que se dictó para reprimir delitos contra la Patria y el Ejército. A tal efecto no podemos incluir en este delito actos que signifiquen injuria, pero los cuales no tienden a menoscabar el sentimiento de independencia de España, o su unidad nacional, estos actos injuriosos que tienen otros fines distintos tales como atacar así el Régimen político, tienen su encaje en otros preceptos tales como el núm. 3 del art. 217.

## 2. DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ O LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO

Este grupo de delitos que el Código Penal común regula en un capítulo aparte de los que llama traición, tienen en realidad el mismo carácter que éstos, pues el bien jurídico general que protegen es el mismo; lo que ocurre es que éstos no contemplan las conductas que parten del hecho de una guerra existente, y favorecen los actos bélicos enemigos o impiden su terminación, sino una serie de actos o comportamientos, sean en tiempo de guerra o paz, que implican un riesgo de que la guerra alcance a España o no se alcance la paz, así como que comprometan el prestigio del Estado Español. Decía Pacheco que entre ambas clases de delitos existe relación y analogía, pero tienden más bien a comprometer el interés público en sus relaciones internacionales. Otros muchos opinan que en realidad no debían de tratarse en capítulos distintos, dada su gran similitud.

Bajo esta denominación se encuadran:

- a) La realización de actos hostiles tendentes a provocar una declaración de guerra (es suficiente que sea de facto) o represalias o reanudación de tregua o armisticio.
- b) Actos que comprometen la neutralidad española.
- c) Introducción o ejecución de una orden de Gobierno extranjero que ofenda la independencia o seguridad española.
- d) Propagación de rumores derrotistas para perjudicar el crédito de España o su dignidad.

## 3. DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES

A) *Concepto.*— Todo cuanto expusimos como introducción al tratar de estos tipos de delitos con respecto al Código de Justicia Militar, es válido ahora por cuanto la filosofía que los fundamenta es la misma. Sin embargo, en este caso no se da el confusionismo entre la legislación militar y común, como ocurría con el delito de traición (incluyendo en tal denominación los que el Código Penal llama delitos contra la paz o la independencia del Estado). Esta mayor claridad es debida a que el Código Castrense se limita a definir como delitos los actos que pueden realizar los militares o agregados de los Ejércitos estando en campaña, y que violen normas de guerra; la única excepción que encontramos a la condición de estar en campaña, es la contenida en la primera parte del art. 279 que sanciona actos de hostilidad, sin motivo ni autorización, contra una potencia extranjera, y por eso podríamos decir que no es éste el sitio en que debía de encontrarse, y sí más bien entre los de trai-



ción. Por el contrario, el Código Penal contempla supuestos distintos, como después veremos, y evidentemente pocos.

Por su parquedad mereció nuestro Código Penal críticas de la doctrina, máxime cuando en algunos de los casos incluso exige cláusulas de reciprocidad, diciéndose que no se halla a la altura de los tiempos en los que impera la corriente de sancionar los delitos contra el Derecho de Gentes, los crímenes de guerra y los delitos contra la sociedad, con independencia de situación geográfica y de la nacionalidad de sus autores, así como con la ausencia de cláusulas de reciprocidad, corriente basada en que el Estado, hoy en día, no puede cumplir su misión fuera del concierto de la comunidad de naciones; del mismo modo que, como ya dijimos al principio de nuestra exposición, el individuo no puede desarrollarse sin las instituciones estatales, el Estado moderno no puede alcanzar su bienestar fuera de ese concierto internacional de naciones.

Dedica nuestro Código Penal tres artículos a regular este tipo de delitos; a todas luces se advierte su insuficiencia. Los dos primeros regulan delitos que pueden cometerse contra un Jefe de Estado que se hallare en España o representantes diplomáticos, y el último, introducido en el año 1969 bajo el núm. bis, trata del delito que se conoce con el nombre de Genocidio.

El art. 136, sanciona los actos contra la vida o la integridad personal de un Jefe de Estado extranjero, y el 137 sanciona la violación de la inmunidad personal del Jefe de otro Estado, siempre que se encuentre con carácter oficial o de los representantes diplomáticos de otra potencia.

Hagamos algunas pequeñas reflexiones: tal como están redactados estos preceptos es preciso distinguir el matar a un Jefe de Estado en razón de su condición de tal a que la muerte se le ocasione por otras razones distintas, ya que sólo se dará este delito en el caso de que se realice bajo el primer concepto, de lo contrario se aplicará la legislación, mejor dicho, el precepto que corresponda para el delito cometido, es decir, será castigado como un delito de homicidio, lesiones, etc. Respecto al art. 137, es de advertir que la violación de la inmunidad exige que dicho Jefe de Estado o representantes diplomáticos fueran recibidos en España con carácter oficial, y si este requisito no concurre, no gozarían de inmunidad, la cual está constituida por la inviolabilidad de la persona y la no aplicación a ella de la legislación territorial. Pero estos preceptos anteriores no se aplicarán cuando no tienen señalada una pena recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, en cuyo caso se impondrá al delincuente la pena que correspondiera al delito cometido; condición ésta que se considera de retroceso en nuestra legislación ya que, por ejemplo, el Código de 1928 no la incluía, aparte de que dicho Código sí incluía otras figuras de delitos de

esta naturaleza quedelitos de esta naturaleza que, si hoy estuviera en vigor, le harían estar mucho más al día que el vigente.

B) *Genocidio*.— El art. 137 bis, sanciona el delito de Genocidio. Fue creado este delito por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y vino a nuestro Código como consecuencia de la adhesión de España el 13 de septiembre de 1968.

Tuvo el Genocidio su razón de ser por el hecho de que la II Guerra Mundial despertó en la conciencia de las naciones la necesidad de castigarlo.

Churchill llamó el «crimen sin nombre», y el que le bautizó fue Rafael Lemkin. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional definió como crimen contra la humanidad «el asesinato, el exterminio, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos, o tales persecuciones llevadas a cabo, al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o social relacionado con él». La VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal (Bruselas, 1948), recomendó la inclusión en los Códigos Nacionales de los países asistentes, preceptos sancionadores de tales actos en paz o guerra, con ocasión de luchas de individuos o grupos con pretextos de raza, nacionalidad o creencias religiosas y opiniones.

El Genocidio, según el Convenio, es un delito de Derecho Internacional, ya sea cometido en tiempo de paz o guerra. Se protege con ello la existencia de todos los grupos que integran el género humano, cualesquiera que sean su raza, sus opiniones o creencias, y significa la admisión de que el mundo civilizado es un mundo donde tienen cabida todos los hombres y que la dignidad del individuo, colectiva e individualmente, debe estar protegida allí donde se encuentre.

El art. de nuestro Código dedicado a este delito puede ser esquematizado de la siguiente forma:

1. Genocidio físico, núm. 1.º del art. 137 bis.
2. Genocidio ideológico, núm. 2.º del art. 137 bis.
3. Exposición al genocidio, núm. 3.º del art. 137 bis.

Con arreglo a nuestra legislación también es sancionable la asociación para cometer Genocidio, no porque así lo exprese el tan citado art. 137 bis, sino en base al art. 172 que sanciona las asociaciones ilícitas, entre las que se encuentran «las que tengan por objeto cometer algún delito».

#### 4. *DELITOS DE PIRATERÍA*

La piratería pertenece al grupo de los delitos que se han llamado

«infracciones comunes a todas las naciones», porque su represión debe considerarse como un deber de todos los países, y efectivamente así lo hacen si bien regulándolo de muy diferente manera; desde aquellas que lo consideran un delito de robo, contra los intereses del Estado, delitos contra la seguridad de los mares y otras legislaciones, como la francesa y la italiana, en leyes especiales. La tendencia actual es que el culpable sea castigado por el país que los capture cualesquiera que fueren su nacionalidad o la de las víctimas.

Nuestro Código no define la piratería, se limita a declarar punibles una serie de actos a los que agrupa bajo esta denominación; por esta razón tenemos que ir a buscar su concepto a otras fuentes legales tales como la Ley Penal de la Marina Mercante y en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, ya que nuestro país, si bien no pertenece a aquel grupo que dijimos anteriormente que no excluían este delito de su articulado, lo cierto es que en realidad era letra muerta, pues la jurisdicción ordinaria carecía de competencia para su sanción. Digo que carecía, pues en la actualidad ya no es así a partir de la promulgación de la Ley Orgánica n.º 9/1980. Veamos: con anterioridad a dicha Ley Orgánica que adaptó, si bien no con mucho acierto, pues en Derecho la prisa no conduce a nada bueno, nuestro Código de Justicia Militar a la Constitución, modificó el art. 6 del mismo, dedicado a determinar la competencia por razón del lugar y se decía en los apartados b) y c) del núm. 1.º que la jurisdicción militar era la competente para conocer de todos los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por delitos o faltas cometidos en el mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes, nacionales o extranjeras, que se hallen en puertos, radas, bahías o cualquier otro punto de la zona marítima española, así como en el espacio aéreo sujeto a la soberanía nacional, a bordo de las aeronaves, tanto estacionadas en campos o aguas españolas como en su marcha por el expresado espacio, incluso en las mercantes extranjeras que antes de pasar el espacio aéreo aterricen en zona española o dañen a seres, cosas o intereses de éstas, y en las demás aeronaves de las naciones. En ambos casos se establecen excepciones según los tratados que se hubieran convenido; el art. 12 atribuye la competencia por razón del lugar, a la del Ejército de Tierra, Mar o Aire, según que el determinante de aquella esté afecta al servicio, a las funciones o enclavado en territorio o zona dependiente de unos u otros Ejércitos. Promulgada la referida Ley Orgánica el panorama varió profundamente ya que la competencia de la castrense se condicionó, y ésta es la legalidad vigente, a que «los hechos perpetrados atenten contra la soberanía nacional, la seguridad militar o los compromisos internacionales para la navegación de unidades navales o aéreas de guerra», de manera que fuera de estos casos será la Jurisdicción Ordinaria la competente. Si las acciones que constituyen

este delito pudieran pensarse que suenan a tiempos pasados, y así sucedía en realidad hasta hace unos años, es lo cierto que desde tiempo aquí los actos de piratería, sobre todo la aérea, proliferaron enormemente y nuestro Código se encuentra tan atrasado que sólo se refiere a la piratería en el último párrafo del art. 139.

Con arreglo al Código Penal se puede distinguir las siguientes clases de piratería:

a) Piratería contra españoles, sea en estado de guerra o paz, dependiendo la pena del resultado dañoso producido, lo que en la doctrina se llama delitos cualificados por el resultado o el mando que se ejerza.

b) Piratería contra extranjeros, en donde se distingue entre súbditos de una nación que no se halle en guerra con España y súbditos no beligerantes de una nación en guerra con España, con las mismas cualificaciones que para el primer caso, si bien la pena en el caso de que el delito se cometa contra súbditos no beligerantes de una nación en guerra contra España la pena es dos grados inferior.

Con esta regulación, es claro que nos falta la base esencial de tipificación, cuál es el concepto de piratería y el único lugar donde lo encontramos en nuestra legislación es en las citadas Leyes de aplicación por los Tribunales militares de la Armada y del Ejército del Aire; de ellas podemos deducir qué es piratería:

a) La depravación y violencia contra las personas realizadas en el mar o desde él por individuos de la dotación de un buque que se ha colocado fuera de la jurisdicción de todo Estado de la comunidad internacional o lo emplean contra súbditos de uno u otro país sin tener comisión alguna de guerra.

b) Cuando la dotación de un buque y personas en él embarcadas, faciliten a los de otro el apoderamiento con violencia del primero o el despojo, daño o lesión de las personas que se hallen a bordo.

c) El procurar, mediante señales engañosas u otros medios violentos, el encallamiento, varamiento o naufragio de un buque con el propósito de atacar contra las personas o cosas de abordó.

d) Las mismas acciones cometidas desde el mar o en él contra aeronaves.

e) Cuando tales actos se cometen utilizando aviones, aeroplanos o aparatos similares.

Con lo dicho, creo que es indudable que se impone un profundo estudio de una reforma, mejor dicho, de una nueva regulación de este delito, ya que la misma de la que toma su concepto se encuentra traspasada al permitir la piratería si se tiene comisión legal de guerra, concepción contraria a la corriente del Derecho internacional que tiene por oriente la abolición del corso, ya que el que así actúa se coloca, por

propia voluntad, fuera del Derecho de gentes y, por tanto, es un enemigo del género humano. Por otro lado es necesario tener en cuenta que España se ha adherido en 1908 a la declaración de París de 1856, que lo abolió.

## DIFERENCIA ENTRE AMBOS CUERPOS LEGALES Y PROBLEMAS QUE PLANTEAN

En nuestra legislación, como ya dijimos al hablar del delito de traición, es antiguo el problema de la doble regulación de estas infracciones, que se contenían entremezcladas antes de la época codificadora, tanto en su concepto como en su carácter militar o civil, y en duplicidad cuando ésta se inició; no obstante, en los códigos penales anteriores a 1944 y al de Justicia Militar de 1945, concretamente en lo referente al delito de traición, todos los casos que contemplan como delitos, hacían referencia directa a la guerra. Pero el Código del 44, se vio obligado a incluir en su articulado los preceptos de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, la cual, dictada en su día como consecuencia de una situación en la que eran necesarios efectos prácticos inmediatos y por lo tanto se trataba de una regulación de emergencia, produjo un desbarajuste en la idea concepcional del tipo, así como ciertas injusticias en su sanción. Veamos algunos casos de ambos aspectos:

a) La sanción con igual pena de hechos que en sí no revisten la misma gravedad y por eso figuran en distintos artículos, como, por ejemplo, el caso del núm. 3.º del art. 121 y del núm. 2.º del 122; en estos preceptos, en ambos, se habla de recluta de gente para hacer la guerra a España en el primer caso y para el servicio de una potencia enemiga de España, pero sin que tome parte en la guerra contra España, la diferencia es notable, pero la pena es la misma.

b) La introducción de la figura de espionaje, núm. 6 del art. 122, lo que resulta, en cuanto a la acción, totalmente extraña al contenido del resto del capítulo dedicado al delito de traición.

c) La introducción de los ultrajes a la Nación, símbolos y emblemas, que indudablemente tendrían mejor acomodo bajo el concepto de delitos que atentan contra la seguridad interior y que, en modo alguno, tienen algo que ver con el delito de traición, tal como tradicionalmente se contempló.

d) Y por último, es necesario hacer referencia a la reiterada alusión a los hechos considerados como traición y referidos a su realización bajo banderas separatistas o sediciosas que, evidentemente, tam-

bién afectan directamente al aspecto interior y no exterior de la Nación Española.

Esta irrupción del contenido de dicha Ley de Seguridad del Estado, en el articulado del Código Penal, hace decir a Rodríguez Devesa que, a partir de 1944, no es posible dar un concepto unitario del delito de traición en base a su regulación legal.

Esta regulación heterogénea del Código Penal y luego más tarde la influencia que la citada Ley especial tuvo en el Código de Justicia Militar de 1945, como no podía ser menos pues sí la tuvo, como vimos, en el Común es natural que así sea en el propio de la Jurisdicción llamada a aplicar sus preceptos, elevó al máximo la dualidad de tratamiento y por eso, algunos tratadistas, como Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés y Querol, sostienen que en realidad, ya no existe delito de Traición en el Código Penal común, pues al estar equiparadas todas sus figuras y correspondiéndole el conocimiento a la Jurisdicción Castrense, en virtud del art. 6.º de su Código, el contenido del Común es letra muerta; competencia que igual continúa atribuida en exclusiva después de la Ley Orgánica núm. 9/1980, ya citada.

Por el contrario, otros comentaristas como los Auditores Algora Marcos, Hernández Orozco y el ya citado Montull, opinan que esta identidad no es tan absoluta. Concretamente este último, sale al paso de la calificación de letra muerta respecto al Código Ordinario, en base al aforismo «*bonun ex integra causa, mala ex quocunque defectu*»; y ya en el estudio de ambos textos, encuentra dualidad absoluta en varios preceptos (tres concretamente), y en los restantes no admite total identidad, y dice:

«En unos preceptos existen diferencias tanto en los verbos y términos empleados como en la determinación de las conductas», refiriéndose con ello a la acción bajo banderas separatistas o sediciosas; pero, a mi modo de ver, esta acción, distinta a la de realizarla bajo banderas enemigas (que tiene implícito el de ser banderas de otra nación), no nos lleva a una identidad de tipos, de acuerdo con Montull, entre ambos Códigos, pero tampoco nos sirve para marcar una diferencia, ya que más bien lo que hace es introducir un confusionismo con los conceptos de los delitos de rebelión y sedición; el delito de traición, continuará, por concepto, constituido por la acción con fin de beneficiar a la potencia enemiga por perjuicio de España en un acto bélico, mientras que esa misma acción bajo las otras banderas perjudica a la integridad de España o a la Autoridad interior pero no en beneficio de otra potencia. Clarificando un poco este aspecto, debemos señalar la Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981, que modificó el párrafo 5.º del art. 214 del Código Penal, antes párrafo 4.º, y define como delito de rebelión «Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la nación

o parte de ella, así como algún Cuerpo de tropa o cualquier clase de Fuerza Armada a la obediencia del Gobierno».

Este confusionismo de acción bajo distintas banderas no se da en nuestro Código de Justicia Militar, ya que la única referencia que en el delito de traición se encuentra a la desmembración de la Patria es la contenida en el núm. 3.º del art. 259: «Quien reclutare gente en territorio extranjero para hacer la guerra a la Patria bajo banderas enemigas, para desmembrar el territorio nacional, o de cualquier otro modo ostensible o eficaz, favoreciere al enemigo o estuviere a sus órdenes»; y observemos que el primer elemento del tipo para que se dé la infracción delictiva, es que la recluta se haga en territorio extranjero (elemento extraño, al menos por ahora, a los delitos contra la seguridad interior) y ello con el fin principal de favorecer al enemigo (elemento esencial de la traición), siendo, por tanto, la acción separatista un medio para lograr aquel fin.

De acuerdo en que esta dualidad plantea importantes problemas, pero ellos, más que de tipo sustantivo, lo son de aspecto procesal y sobre todo penalógicos.

Respecto a los primeros, es cierto que hoy en día son menores que en el pasado, ya que la Jurisdicción Castrense está camino de profesionalizarse al haberse suprimido el Juez Instructor Militar por el Juez Militar Togado, la desaparición de la figura del Ministerio fiscal Militar, haciéndose cargo en exclusiva de la función de ejercer la acción pública el Ministerio Fiscal Jurídico Militar; así como la introducción del recurso de casación, si bien con una regulación no muy acertada e incompleta. Falta aún en este itinerario de profesionalización, la reorganización de los Tribunales Militares, así como del procedimiento, cuestión urgente desde la competencia atribuida a los Jueces Togados Militares que no sólo se limita a las de instrucción. Es de esperar que el proyecto de nuevo Código Castrense desarrolle estas líneas, ya que de no hacerlo así rompería la lógica conexión que debe existir en todo ordenamiento jurídico.

Respecto a las penas a imponer, si continúa el sistema planteando importantes problemas, sobresaliendo sobre todos ellos el de que, por el mismo hecho previsto como delito en ambos Códigos, es diferente la pena a imponer, más grave la castrense, y una simple razón de competencia, ya que el estar contemplado en el especial, como tengo dicho, es la Jurisdicción Castrense la competente, es la causa determinante de esa mayor severidad en la sanción; todo cuerpo legal debe de tener la máxima equidad en el enjuiciamiento del hecho y este acto de administrar justicia no puede estar supeditado a normas procesales y orgánicas, sólo simplemente a la gravedad del mismo y circunstancias concurrentes en él o en sus autores y en modo alguno puede admitirse que conductas

iguales, reciban tratamiento distinto según sea una u otra la Jurisdicción que entienda del asunto. El hecho de que el Real Decreto Ley 45/78, de 21 de diciembre, ajustándose a lo dispuesto en el art. 15 de la Constitución, respecto a la supresión de la pena de muerte, no remedia la cuestión, ya que el Código de Justicia Militar continúa imponiendo la pena capital, si bien, en virtud de dicho Real Decreto Ley, en tiempo de paz, se sustituye por la de 30 años de reclusión; y, por el contrario, el Código Penal al imponer reclusión mayor en toda su extensión, continúa castigando con pena inferior, ya que ésta puede ser impuesta en toda su extensión, de 20 años y un día a 30 años.

No tan injustificados como algunos hacen ver, si bien sí marcan diferencias, puede considerarse la desigualdad de trato respecto a la sanción del delito, mejor dicho, la no concurrencia de exención de responsabilidad, en el caso de la eximente de miedo insuperable para los militares alegada como concurrente en la exculpación del hecho cometido por los mismos, ya que su admisión pugnaria con una de las principales virtudes castrenses y cuya ausencia constituye de por sí el delito contra el honor militar previsto en el célebre art. 338. Igual ocurre en el caso de la excusa absolutaria del art. 268, que ya comentamos.

Habréis observado que al hablar del problema de la dualidad me referí únicamente al delito de traición; esto es en razón de que en la totalidad de la tipología del resto de los delitos contra la seguridad exterior, no se produce este fenómeno o al menos con la virulencia que se pone de manifiesto en el mencionado delito.

Es necesario clarificar y completar, modernizando, nuestra legislación; a cuyo fin es preciso que se tenga un concepto claro de qué delitos deben continuar incluidos dentro del Código de Justicia Militar y cuáles dentro del Código Penal Ordinario y ambos deben ser adaptados a las corrientes que en el mundo occidental imperan en este campo, sobre todo en lo referente a los delitos contra las leyes y usos de la guerra. Es preciso que desaparezca el confusionismo conceptual y figuras extrañas unas a otras aparezcan entremezcladas. Estos problemas de lege ferenda, son verdaderamente importantes, pero no entran en el ámbito de este tema; tema que se propuso más una labor de dar a conocer un aspecto de nuestro Derecho positivo, el que más directamente alude a la acción bélica, que el de investigación, que sólo interesa a profesionales del Derecho.



## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. RENAN, ERNEST: «Cómo es una nación».
2. OUSSET, JEAN: «Patria, Nación, Estado».
3. A. ROMMEN, HEINRICH: «El Estado en el pensamiento Católico».
4. RODRIGUEZ DEVESA, JOSE M<sup>a</sup>: «Derecho Penal Español ». «El Derecho comparado como método de política criminal».
5. QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: «Curso de Derecho Penal».
6. TERUAL CARRALERO, DOMINGO: «Evolución legislativa de los delitos contra el Estado».
7. FERNANDEZ FLOREZ, JOSE LUIS: «Del Derecho de la Guerra». «El actual Derecho de la Guerra».
8. PASTOR RIDRUEJO, JOSE ANTONIO: «Los delitos contra el Derecho de gentes en el Código de Justicia Militar».
9. DE QEROL Y DURAN, FERNANDO: «Principios de Derecho Militar Español».
10. MONTULL LAVILLA, EDUARDO: «Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición del Derecho Penal Común».
11. MILLÁN GARRIDO, ANTONIO: «El delito de información militar falsa».