

ESTUDIO COMPARATIVO DEL DELITO DE TRAICION MILITAR Y EL DE TRAICION DE DERECHO PENAL COMUN⁽¹⁾

por Eduardo MONTULL LAVILLA

Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar
Diplomado en Derecho penal

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema y razón de la sistemática adoptada.*—II. *Introducción general acerca del delito de traición.*—III. *Derecho histórico:* A) Edad antigua. B) Derecho intermedio. C) Las Ordenanzas militares y las recopilaciones: 1) Las Ordenanzas de la Armada de 1748. 2) Las Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768. 3) La Novísima Recopilación de 1805. 4) Estudio comparativo de la inicial dualidad. D) La codificación penal general y militar: 1) El Código penal de 1822. 2) El Código penal de 1848 y su reforma de 1850. 3) Observaciones comparativas. 4) Decreto-ley de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868. 5) Innovaciones que introdujo en la materia. 6) Código penal de 1870. 7) Ley de Bases de 1882 y Código penal del Ejército de 1884. 8) El Código penal de la Marina de Guerra de 1888. 9) Código de Justicia Militar de 1890: La dualidad y su solución legislativa. 10) Ley de 23 de marzo de 1906. 11) Código penal de 1928. 12) Código penal de 1932. 13) Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941: decidido planteamiento de la dualidad.—IV. *Derecho comparado.*—V. *Obligada referencia al tema del Derecho penal militar y sus relaciones con el Derecho penal común.*—VI. *Los delitos de traición en ambos Códigos vigentes: dualidad legislativa y soluciones de la doctrina patria:* 1) Cotejo de los delitos de traición en ambos Códigos: identidad, analogías y diferencias.—VII. *Conclusiones "de jure condendo".*

(1) Se trata de uno de los temas propuestos por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército (Curso de Diploma de Derecho penal, septiembre de 1966). Aquí ofrezco un resumen del trabajo que presenté con dicho motivo.

I

PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y RAZÓN DE LA SISTEMÁTICA ADOPTADA

La manifiesta dualidad legislativa que acerca del delito de traición ofrece nuestro Derecho positivo vigente, plantea graves problemas al intérprete. La doctrina patria ha tratado de resolverlos sobre la exclusiva base del examen comparativo directo de la variada gama de delitos de traición que ofrecen ambos Códigos: el penal y el de Justicia Militar. Sin embargo, creo que la omisión del estudio de las razones que históricamente han venido a originar la apuntada dualidad, al impedir un conocimiento del problema en sus verdaderas raíces, implica una zona ciega en la doctrina que hasta hoy se ha ocupado, entre nosotros, del tema. Es por esto, por lo que considero que el estudio del Derecho histórico patrio, tratando de desentrañar, al hilo de los acontecimientos político-legislativos, el apuntado problema de la dualidad ocupa el más importante papel, si lo que se pretende es acceder a conclusiones verdaderamente serias y sólidas en la materia. De ahí la extensión que hemos creído conveniente otorgar a la parte histórica.

Otro aspecto capital de la cuestión, a mi juicio, y que tampoco ha sido ponderado por la doctrina, ni siquiera aludido, es el que ofrece la legislación comparada, por lo que también le dedicaremos la conveniente atención. Por último, creo insoslayable abordar, en el lugar sistemáticamente oportuno, el tema de lo que constituye quizá el género próximo de tal dualidad, es decir, el de la inserción del Derecho penal militar en el cuadro del Ordenamiento jurídico penal del país. También las conclusiones a que este estudio nos conduzca son condicionantes de una correcta solución del grave problema que la apuntada dualidad supone.

Lo dicho justifica la sistemática que adoptamos, mas creo, no conveniente, necesario, advertir al lector que tanto las referencias históricas como las que de Derecho comparado han de hacerse, no pretenden, en modo alguno, abordar la problemática del delito de traición, sino única y exclusivamente considerar la que plantea, en concreto, tan repetida dualidad legislativa.

II

INTRODUCCIÓN GENERAL ACERCA DEL DELITO DE TRAICIÓN

El Estado tiene, en frase feliz de FLORIÁN (2), por así decir, materia y forma: la materia es su propia esencia y está constituida por la soberanía sobre el territorio y por la autonomía e independencia frente a los otros Estados; las formas son los órganos por cuyo intermedio el Estado se manifiesta y ejerce sus respectivas funciones, las cuales constituyen su organismo político-administrativo.

Dentro de los delitos contra el Estado, es sabido que los de traición atentan contra la que FLORIÁN denomina materia del mismo. En efecto, la pérdida de la independencia supone la destrucción de la vida del Estado, mientras que las modificaciones en su estructura afectan únicamente a su modo de existir. Es por esto que, al decir de RODRÍGUEZ DEVESEA (3), los Códigos extienden su tutela tanto al ser como al modo de ser del Estado, distinción que se traduce, en el orden del Derecho positivo, en delitos contra la seguridad exterior (título I del libro II del Código penal) y delitos contra la seguridad interior (título II, libro II del Código penal) del Estado. También se traduce, debemos añadir nosotros, en el propio orden jurídico positivo, en delitos contra la seguridad de la Patria (título VIII, tratado II del Código de Justicia Militar) y delitos contra la seguridad del Estado (título IX, en especial capítulo I, del Código de Justicia Militar).

Prescindiendo de si la etimología del vocablo traición (*traditio*, *omis*: entrega, rendición; de *tradere*) es suficiente para determinar el concepto jurídico positivo actual de dicho delito (4), lo cierto es que la traición a la Patria ha venido comprendiendo últimamente, como indicara ya GROZARI (5), todas aquellas in-

(2) *Tratado de Derecho penal*, cap. IV, pág. 54.

(3) *Derecho penal español*, Valladolid, 1966, Parte especial, pág. 494.

(4) Sobre esta cuestión pueden encontrarse interesantes consideraciones en CARVALHO MONRAO: *Curso de emergência para la Formação da Reserva da Justicia Militar*, direção do Auditor M. T. Gomes Carneiro, Río de Janeiro, 1945.

(5) *Código penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1874.

fracciones que tienen por fin directo o indirecto la entrega, en todo o en parte, de la Patria al extranjero o que tienden a facilitar al enemigo la posesión o el dominio del territorio nacional.

Por esto, es oportuno advertir que únicamente en los vigentes Códigos penal y de Justicia Militar patrios, aparecen delineadas conductas delictivas nuevas respecto de sus correspondientes textos anteriores; figuras que vienen a desdibujar la clara delimitación que tradicionalmente ofrecían los delitos de traición, es decir, la ya indicada referencia a la entrega del territorio al enemigo extranjero, a la guerra en suma, pero a la guerra en el estricto orden internacional. Tales innovaciones pueden señalarse, por lo que al C. J. M. se refiere, en los artículos 258, 4.º, y 259, 5.º, al incluir conductas tocantes al perjuicio económico a la Patria; la primera de las cuales, incluso, sin relación alguna con la guerra. Por su parte, el Código penal de 1944 también innovó, aunque en otro orden de ideas, el perfil clásico de estos delitos, al referir las conductas, en gran parte de infracciones, no sólo a las banderas enemigas, sino también a las sediciosas o separatistas, al incluir los ultrajes a la Nación y al añadir el espionaje del núm. 6 del art. 126, que no exige una situación de guerra. Fuera de estas innovaciones sigue siendo válido el tradicional concepto del delito de traición.

El bien jurídico protegido, también para el C. J. M., estriba en la independencia e integridad de la Nación.

Con las salvedades apuntadas, los delitos de traición, en ambos Códigos, se refieren a la guerra; mas no es precisa la previa declaración y no es suficiente la guerra psicológica o subversiva ni la guerra fría.

Una diferenciación entre ambos textos legales surge en este punto y consiste en que si para el Código penal resulta indiferente la extensión o localización del conflicto bélico y la consideración de que el enemigo esté formado por extranjeros (guerra internacional) o por nacionales (guerra civil), según puntualiza con acierto RODRÍGUEZ DE VESA (6), en el C. J. M. la alusión explícita o implícita a la guerra, en las diferentes conductas tipificadas como de traición, lo es a la guerra con el extranjero (internacional).

(6) *Op. cit.*, págs. 506 y 507.

Un dolo específico late en el fondo de la traición en ambos Códigos: el de favorecer al enemigo o perjudicar las armas nacionales. Creo que es precisamente la concurrencia de este dolo lo que lleva al legislador a tipificar como delitos de traición figuras específicas y propias del espionaje o del sabotaje (cfr., respectivamente, los artículos 258, núm. 9, 258, núm. 2, y 259, número 8, del C. J. M.).

El sujeto activo, en ambos Códigos, puede ser tanto el español como el extranjero (arts. 124 y sigs. del Código penal, y 270 y concordantes del C. J. M.). Como hemos de comprobar va a ser esta tan amplia cualificación personal, precisamente, la que, en ambos textos punitivos, ha venido a acentuar el problema de la dualidad en los últimos tiempos, por lo que a nuestra Patria se refiere.

En cuanto al sujeto pasivo, también resulta idéntica la norma legal (arts. 125 del Código penal y 261 del C. J. M.), al establecerse que puede serlo una potencia aliada de España, en el caso de hallarse en campaña contra el enemigo común. La identidad del precepto en esta cuestión nos brinda la oportunidad de hacer una crítica conjunta, impugnando la postura adoptada por el legislador patrio en ambos Códigos, pues es fácil ver que no se adaptan ya a las exigencias que la actual realidad de la cooperación militar demanda. En efecto, es preciso fijar los intereses penalmente protegibles devenidos comunes a consecuencia de tal cooperación militar, como ha puesto de manifiesto no hace mucho el Mayor General Vittorio VENTRO (7). Adviértase también que si la norma legal no ha de permanecer de espaldas a la realidad, resulta preciso que la cooperación en tiempo de paz constituya a la potencia aliada en posible sujeto pasivo del delito (8).

Por último, digamos también que la consideración de los distintos supuestos de hecho legales que, acerca de la traición, ofre-

(7) Se trata del Procurador militar de la República Italiana en Florencia, en un trabajo sobre *Problemas de Derecho penal planteados por la cooperación militar internacional*, publicado por la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, 1959, págs. 43 y sigs.

(8) Sobre esta misma crítica en punto al sujeto pasivo, *vid.* RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, pág. 507 y nota 9.

cen ambos Códigos, es tema que debe quedar desplazado, por evidentes razones de orden sistemático, ya apuntadas, al final de la exposición.

III

DERECHO HISTÓRICO

Oreo que un trabajo de investigación histórica debe ser acometido sin prejuicios. No se debe buscar algo *a priori* situado en nuestro pensamiento o en nuestros deseos de encontrarlo. Resulta preciso huir del método dogmático. Todo esfuerzo de búsqueda histórica, también en el campo del Derecho, exige ir a donde lleven los caminos, procurando sólo descubrirlos.

Ahora bien, para evitar equívocos debo advertir que aquí sólo pretendo hilvanar unos elementales antecedentes respecto del tema en cuestión: buscarle, en suma, las soluciones que históricamente nos ha ofrecido el Derecho positivo, sobre todo el español, ante la progresiva floración de figuras delictivas en ambas vertientes penales sobre la traición, y ante las variaciones del criterio que sobre atribución de competencia para conocer, ha venido mostrando, en las distintas vicisitudes histórico-políticas, el legislador patrio.

La presentación de estos aspectos históricos, por tanto, tiene un mero significado de presupuesto para una mejor comprensión y valoración del Derecho positivo actual. He respetado el orden cronológico de los textos; queda así facilitada la búsqueda del antecedente.

Por razones obvias, ha sido preciso sacrificar las indagaciones sobre el Derecho de la antigüedad, ya que, aparte las limitaciones que impone una revista, es indudable que la esencia del problema que nos ocupa no exige, cuando menos imperiosamente, tan remotos antecedentes.

A) *Edad antigua*

a) *Pueblos orientales*.—Por las razones apuntadas remito, en general, al documentado trabajo de TERUEL CARRALERO, publica-

do en esta misma REVISTA (9). Un dato de interés, sin embargo, debe ser resaltado aquí: entre los delitos contra la personalidad del Estado, existe en los pueblos de la antigüedad (Asiria, Egipto, Israel y China), una inicial indiferencia en cuanto a la clase civil o militar a que perteneciese el agente, si bien los preceptos, en términos generales, presuponen la guerra, ya en potencia ya en acto. Sin embargo, algunas conductas previstas inculpan, implícitamente, a un hombre de armas, como ocurre, por ejemplo, en el Código de Hammurabi (parágrafo 26).

No alude TERUEL, sin embargo, a otro texto de no menos interés: me refiero al "Manava-Dharma-Zastra" o libro de las Leyes de Manú (10), en el que se sanciona con la pena de muerte, según la que será clásica gravedad en estas infracciones, a quienes "se ponen a las órdenes de su enemigo" (libro IX, par. 232).

b) *Grecia*.—Tanto el favorecimiento del enemigo como la idea de la guerra, laten, decididamente, en el fondo de estas figuras delictivas. No se alude en los textos griegos a condición especial alguna del sujeto agente (11).

c) *Roma*.—El Derecho penal romano reviste singular importancia, por lo general, para los estudios del Derecho penal militar.

MOMMSEN (12) enseña que en época prejustiniana el soberano ostentaba entero e ilimitado poder sobre toda clase de infracciones, religiosas, militares y civiles, dentro o fuera de los muros de la ciudad, en la paz y en la guerra. Pero el ilustre autor puntualiza que es con ocasión del estado bélico cuando surge en Roma la identificación del mando militar con la jurisdicción atribuida al Magistrado, surgiendo entonces normas diferenciales respecto de las del Derecho penal propiamente dicho.

Y es muy significativo destacar que, según el propio MOMMSEN, los hechos punibles según el Derecho de la guerra eran, en parte, los mismos que los delitos contra el Estado, mas la conveniencia y la utilidad militares eran, sencillamente, lo que servía para determinar el horizonte de los delitos en el Derecho de la guerra.

(9) *Evolución legislativa de los delitos contra el Estado*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 15, 1963, enero-junio, págs. 9 y sigs.

(10) Traducido del sánscrito por José Alemani y Bolufer, Madrid, 1912.

(11) Me refiero a los que cita TERUEL CARRALERO: *Op. cit.*, pág. 14.

(12) *El Derecho penal romano*, traducción de P. Dorado, Madrid, 1898, páginas 28 y sigs.

La consideración, siquiera sea breve, de las concretas figuras de traición, revela interesantes criterios que conviene destacar aquí.

Perduellis era el mal guerrero, en el sentido de enemigo de la Patria. Frente a la voz *perduellis* (enemigo interno de la Patria), la de *hostis* viene a expresar al enemigo exterior. El otro delito de traición está constituido por el crimen "*maiestatis immunitae*", de ámbito más amplio y que comprende al de *perduellio*, siendo más graves las penas en este tipo subordinado que se ambienta, por supuesto, en el marco de las exigencias castrenses. Sin embargo, como atestigua MOMMSEN, el delito de *perduellio* no toma en cuenta el rango o cualidad personal del agente, salvo en lo tocante a las reglas procesales, siendo sus figuras concretas más destacadas las de: desertión del ciudadano, soldado o no, que se ligase con una comunidad que estuviera en guerra con Roma, o con alguna otra meramente no confederada con Roma, siendo entonces los soldados juzgados con arreglo al Derecho de la guerra; la de traición a la Patria o *proditio*, que suponía la entrega al enemigo de una plaza romana, de un campamento, un cuerpo de tropa o un mero ciudadano romano; encontrándose también en esta categoría, cualquier inteligencia con el enemigo que se tradujera ya en auxilio con medios de guerra, ya en transmitirle noticias o consejos, ya en impedir la captura de prisioneros al enemigo; igualmente se dibuja el delito de promover o fomentar una guerra contra Roma. Por último, tanto el hacer levas de tropa sin facultad para ello como la huida cobarde del Jefe del Ejército delante del enemigo, integran sendas figuras más circunscritas aún a la vida de la milicia.

En resumen; de lo expuesto se infiere que el Derecho de la guerra se distingue dentro del campo penal, desde los primeros tiempos de Roma, como circunscrito en su aplicación, topográficamente, a todo el territorio que estuviera fuera de los muros de la propia Roma, aun en el caso de no existir guerra efectiva, quedando el recinto de la ciudad para el Derecho penal civil. De otro lado y aun existiendo, en gran medida, identidad de los delitos contra el Estado en ambos ordenamientos, el soldado es regularmente juzgado con arreglo al Derecho de la Guerra, al resultar su conducta de una mayor gravedad en orden a las ne-

cesidades y utilidad de índole militar. En suma, el ciudadano romano, no soldado, y el recinto delimitado por los muros de la ciudad definen, en este periodo histórico de expansión y de conquista, en términos generales el campo de actuación del Derecho penal general (13).

B) *Derecho intermedio*

Dados los fines que aquí se pretenden, las sucesivas indagaciones de Derecho histórico se centrarán en el Derecho de nuestra Patria.

Se comprobará la influencia del elemento germánico en nuestros más genuinos textos medievales: un fragmento de Tácito refiere la ya antigua conexión entre los delitos de traición y el militar de desertión, entre los germanos, con esta frase: *proditores e transfugas arboribus suspendum*; considerando ambas como especies de la categoría genérica que el delito de traición suponía.

Sin perjuicio de otras figuras delictivas que en materia de traición ofrece el Fuero Juzgo, a las que alude también TERUEL CARRALERO (14), debo consignar aquí la Ley 3, título II, del libro IX que sanciona al Jefe de compañía de cien hombres que deja la hueste, abandonándolos en la batalla y volviendo a su casa, con la pena de decapitación, texto que nos recuerda el apuntado antecedente germánico.

Dejaremos a un lado la identificación que, también de antiguo, nos ofrecen los textos sobre traición con los atentados contra la persona del Rey. Por ello me referiré, en la medida de lo posible, a las infracciones de traición que el Derecho histórico nos ofrece, de acuerdo con el moderno concepto que sobre estos delitos

(13) Puede completarse el estudio de estas infracciones en el Derecho romano en TERUEL CARRALERO: *Op. cit.*, pág. 17, quien cita pasajes del Digesto acerca de conductas consistentes en sembrar insidias en el Ejército romano, impedir que los aliados fuesen socorridos, no presentarse en el combate, negarse a luchar contra el enemigo o abandonar el campamento o la Patria con ánimo de traición.

(14) Cfr. *Op. cit.*, págs. 21 y 22.

hemos apuntado. En esta línea, el Fuero Real dado por Alfonso el Sabio en 1255 distingue ambas especies de figuras: en su Ley 1 del título II, libro I se lee: “nadie sea osado de ir contra el Rey ni contra su reino por obra...; ni detenerse ante los enemigos ni darles armas, ni ninguna otra ayuda”. Es obvio que un derecho punitivo militar diferenciado, en materia de traición, no existe; pero, implícitamente, el estado bélico viene a circunscribir en el Fuero Real una serie de tipos delictivos típicamente castrenses.

Puede afirmarse que estas mismas ideas subsisten en el Código de las Siete Partidas. Aludiremos únicamente a las figuras de traición ajenas a la persona y familia del Rey. La Ley 1, título II, Partida VII, dice: “traición, tanto quiere decir como traer un ome a otro so semejanza de bien a mal; e es maldad que tira de si la lealtad del corazón del ome”. La enumeración que esta Ley formula acerca de las conductas de traición excede del actual concepto que de la misma tenemos. No se distingue un delito de traición militar (como tampoco puede hablarse todavía de una diferenciada producción legislativa penal castrense), pero la situación o estado de guerra con referencia expresa a los enemigos, sigue perfilando, implícitamente, una punición típica militar, dibujándose figuras de esta índole en los apartados siguientes de la propia Ley:

Apartado 2.º: “Cuando alguno se una a los enemigos para guerrear o hacer mal al Rey o al reino, o les ayude de hecho o de consejo, o les envíe carta o aviso de alguna cosa contra el Rey y en daño del reino”.

Apartado 3.º: “Cuando alguno por medio de hechos o de consejo procure que algún territorio o gente que estuviese bajo la obediencia del Rey, se alce contra él...” (claro y sugestivo antecedente, quizá, de la que cabe llamar traición separatista y que, como veremos, entró en nuestro vigente Código penal merced al impulso directo de la Ley de Seguridad del Estado de 1941).

Apartado 5.º: “Cuando el que tenga castillo, villa u otra fortaleza por el Rey, se alce con ella o la entregue a los enemigos o la pierda por su culpa o por algún engaño”. El propio texto asimila al recién mencionado, el delito que comete cualquiera que “abasteciére con comestibles o con armas (15), algún lugar fuerte,

(15) Es curioso apreciar el fino sentido del legislador de las Partidas

para guerrear contra el Rey o contra el bien común de la tierra”.

Apartado 6.º: “Cuando alguno abandonase al Rey en la batalla o desertase a los enemigos o a otra parte, o se fuese de la hueste de otro sin su mandato antes de concluir el tiempo que debía servir en ella; o se desuniese o principiase a lidiar con los enemigos engañosamente sin mandato del Rey...; o si descubriese a los enemigos los secretos del Rey”. Perviven aquí los precedentes romanos que incluyen la deserción entre estas figuras y que han de alcanzar a los propios textos vigentes.

Hasta catorce figuras de traición se recogen en la propia Ley 1, si bien todas las restantes son ajenas, de suyo, al orden militar.

Traición es, propiamente, según la Ley 3 del propio título, la “que se faze contra la persona del Rey o *contra la procomunal de toda la tierra*”. En otro caso, existía alevosía; infracción de menor entidad aunque cualitativamente idéntica.

En la Ley 5 del mismo título aparece, como muy progresivo y atinado sentido jurídico, la excusa absolutoria que inexplicablemente no ha recogido la posterior codificación penal común, o general, de nuestra patria y que, como se verá, ha quedado, sin embargo, inserta en los textos punitivos castrenses, hasta nuestros días: “Denuncia de las traiciones: El que pensando hacer traición en unión con otros y antes de jurar para llevarla a cabo la descubriese al Rey no sólo será perdonado, sino que además deberá ser premiado”, debiendo ser perdonado siempre que la denuncia fuera anterior a la ejecución (16).

No debe desconocerse la aportación del Ordenamiento de Alcalá, de Alfonso XI (año 1348). Las Leyes 4 y 5 del título 32 del mismo, pese a su marcado carácter adjetivo, implican, a mi juicio, un notable avance en la materia. La Ley 5, por ejemplo, refunde y sistematiza mejor que las Partidas las distintas conductas: “Ponerse en *inteligencia* con los enemigos del Rey o del reino”, etc.

al incriminar, entre los de traición, los actos de comercio con el enemigo, acerca de los que existe sí no un total vacío, en el actual Derecho positivo patrio, sí, por lo menos, muy difusos perfiles.

(16) MURO MARTÍNEZ, José: *Códigos españoles y Colección Legislativa*, Madrid, 1881; *vid. también Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1847-1851.

C) *Las Ordenanzas Militares y las Recopilaciones*

Sabido es que no existe certeza absoluta acerca del carácter oficial que pudo tener el llamado Ordenamiento de Montalvo u Ordenanzas Reales de Castilla, concluido en 1484 por encargo de los Reyes Católicos, por lo que omitimos su examen minucioso. Pero advertimos que en esta primera recopilación de la legislación castellana, aunque fuese privada, se dan ciertos rasgos originales acerca de la traición y se incluyen, en el título III del libro IV, conductas paralelas a la misma y relativas a los caballeros y vasallos durante la guerra, dignas de ser tenidas en cuenta.

En tales momentos en que España se encontraba en los albores de un Derecho militar terrestre y marítimo, topográficamente diferenciado en cuerpos legales propios, puede estimarse que aún no ha surgido dualidad legislativa alguna, sobre todo desde el punto de vista procesal, respecto de los delitos de traición.

Una incipiente legislación militar surge ya en relación con la importancia que la Marina adquiere a consecuencia de los descubrimientos colombinos: recuérdense las Ordenaciones del Rey Pedro IV de Aragón, la Orden Real de la Navegación en Indias, la de Hernán Cortés en 1520, las Ordenanzas de Carlos V en 1536 y, ya coincidiendo con la nueva Recopilación, el discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado, debido al Duque de Alba, en 1568.

Ante tal estado de cosas puede afirmarse que la Nueva Recopilación, publicada en 1568 por Felipe II, sigue constituyendo el único texto *general* punitivo sobre la traición (17).

Cuando las instituciones armadas adquieren el carácter de permanentes y se sientan las bases de las Ordenanzas militares, comienza a aparecer en la historia legislativa patria, aunque difusamente y con una tónica distinta a la actual, la dualidad de textos punitivos, en general. Este fenómeno surge con posterioridad a la Nueva Recopilación, con las llamadas Primeras de Flandes, dadas en 1587, en Bruselas, por Alejandro Farnesio, y también con el Edicto, Ordenanza e Instrucción del propio Far-

(17) Libro VIII, título XXI, Leyes I a IV que, por transcribir la regulación de las Partidas y Ordenamientos posteriores, no reproducimos.

nesio, con expresa organización de la justicia militar vinculada al Ejército (18).

1) *Las Ordenanzas de la Armada de 1748*—Dada la especialidad que imprimen al catálogo “De los crímenes que deben examinarse en Consejo de Guerra...”, no encontramos alusión a los tradicionales tipos de la traición. BACARDI, sin embargo, cita el artículo 8.º, título 33, de la Ordenanza Naval de 18 de septiembre de 1802, como insertable en tal categoría: “Rendir a los enemigos un Comandante de buque su mando”. Se puntualizan en el texto los casos en que la rendición fuere efecto de *traición* o no. De modo inequívoco, pues, este antecedente, sobre no ocasionar dualidad alguna, ofrece un criterio distintivo, tanto en el orden sustantivo como en el procesal: “Se pondrá en Consejo de Guerra para que sea examinada y juzgada su conducta al tenor de esta Ordenanza...”, dice el propio artículo citado.

2) *Las Ordenanzas de Carlos III para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos, de 22 de octubre de 1768* (19).—Puede parecer excesivo el rigor cronológico, pero pretendo apreciar la aparición histórica de la actual dualidad legislativa. Puede decirse que es precisamente en estas Ordenanzas cuando surgen con verdadera y significativa generalidad, en el Derecho punitivo patrio, figuras del delito de traición diferenciadas, tanto topográfica como sustantivamente, de las que la Nueva Recopilación, entonces en vigor, preveía y castigaba.

Como antecedentes, pueden entresacarse las siguientes infracciones:

a) El art. 2.º del título XVII (que trata de las Ordenes Generales para el servicio de campaña): “En todos los casos en que el General mande guardar secreto sobre objeto de marcha u otro

(18) Una referencia más completa acerca de estas Ordenanzas puede verse en RODRIGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, pág. 1037 y nota 4.

(19) He utilizado la obra de JOSÉ MUÑIZ Y TERRONES: *Ordenanzas de S. M.*, Madrid, 1880; texto de gran interés, dada la riquísima información de disposiciones posteriores y complementarias que contiene. Pueden consultarse también, con fruto, en ANTONIO VALLECILLO: *Ordenanzas de S. M.*, por él ilustradas, Madrid, 1850-52.

fin de mi servicio, lo observarán rigurosamente los Oficiales...”.

b) El art. 45 (infidencia) del título X del Tratado VIII: “el que en tiempo de guerra tuviere inteligencia con los enemigos, correspondencia por escrito o verbal en cualquiera puesto, sufrirá la pena de muerte...”. El art. 46: “El que a los enemigos revelare el santo, seña o contraseña, o la orden reservada que se le hubiera dado de palabra o por escrito será castigado de muerte, y, corporalmente, según la entidad del perjuicio que pudiera seguirse, el que la revelase a otra persona”.

c) El art. 117 (cobardía) del propio título X: “El que por cobardía fuere el primero en volver la espalda sobre acción de guerra, bien sea empezada, ya a la vista del enemigo, marchando a buscarle, o esperándole en la defensiva, podrá en el mismo acto ser muerto para su castigo y ejemplo de los demás”. Cito el precepto por la ya señalada vinculación clásica de estas figuras a las de traición, como ocurre con el art. 118 inmediato: “Todo militar que estando en facción de guerra o marchando a ella se escondiese, huyese, retirase con pretexto de herida o contusión que no le imposibilite el hacer su deber o en algún modo se excusase al combate en que debiese hallarse, será puesto en Consejo de Guerra...”.

d) El art. 114 del propio título X: “Toda persona (de cualquier clase, estado o condición que sea) que se aprendiere y justificare ser gancho para tropa de otro Príncipe, se le pondrá en Consejo de Guerra y sufrirá la pena de horca”.

En verdad, cabe calificar de *rudimentos dispersos*, como lo hizo la exposición de motivos de nuestro primer Código penal del Ejército de 1884, los transcritos preceptos de las Reales Ordenanzas, en lo relativo al delito de traición militar. Sin embargo, constituyendo dichas normas, según creo, el verdadero origen diferenciador de la traición militar, respecto del paralelo tipo delictivo común vigente en la época, resulta indudable su extraordinario valor interpretativo a la hora de pretender certeras conclusiones en orden a la actual dualidad legislativa.

Repasando, por lo demás, no sólo el texto escrito, sino también el inequívoco espíritu que anima estas Ordenanzas, puede afirmarse que late en ellas y, por supuesto, en el tratamiento de la traición, un denominador común, más o menos explícitamente

expuesto. Este denominador se determina por la calidad de *militar* que ostenta el culpable, de un lado, y de otro, por el favorecimiento, a espaldas de la Patria, del progreso de las armas enemigas.

3) *La Novísima Recopilación de 1805*.—El texto penal común sobre traición de la Nueva Recopilación pasa íntegramente a constituir las Leyes I a IV del título VII, del libro 12 de la Novísima. Omito el texto en cuestión, supuesto que es el mismo ya contemplado en las páginas precedentes al estudiar tanto el Fuero Juzgo como el Fuero Real, la legislación de Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, cuyos preceptos damos por reproducidos para este momento histórico.

En definitiva, pues, comenzamos a comprobar que se reafirma en 1805 la incipiente dualidad legislativa surgida con las Reales Ordenanzas del Ejército y de la Armada.

4) *Estudio comparativo de la inicial dualidad*.—Partiendo de la base del espíritu que informa las Ordenanzas y de las normas que éstas establecen acerca del fuero castrense y de la atribución de competencia en materia delictiva, se llega, inequívocamente, a la conclusión de que aquéllas jamás pretendieron invadir y traer a la Jurisdicción del mando militar los tipos comunes de traición articulados por el Rey Sabio. Las Ordenanzas de Carlos III, por rudimentarias que sean en punto a la traición, dejan claro que únicamente delinearon conductas y tipos delictivos atribuibles a quienes ostentan la condición de militar. Y esto es así porque, aunque *expressis verbis* no se aluda en algunos tipos al militar, es indudable que tanto el medio ambiente de la guerra en que las conductas descritas se desenvuelven como, quizá, la falta de un depurado tecnicismo jurídico, hacen pensar fundada y vehementemente que, en el fondo de los preceptos, se está aludiendo a quienes se encuentran implicados en las acciones bélicas (valga, como ejemplo, el art 117 transcrito). A mayor abundamiento, y respecto de la interpretación aquí defendida de los arts. 45 y 46 sobre la infidencia, obsérvese cómo el art. 67 del propio título, aunque relativo a los espías, se ve en la precisión de puntualizar que si el autor del delito fuere algún paisano, se le aplicará por la Jurisdicción militar, con inhibición de la que dependa, la pena

de muerte. Otro argumento, también *a contrario*, nos lo ofrece el transcrito art. 114 de las Ordenanzas, lo que corrobora, como es norma general en los textos militares de la puesta en marcha histórica de un Derecho penal especial patrio, que la incriminación de no militar es excepcional y exige, aquí y allá, una clara y muy expresa inclusión. Pero hay más: que las Ordenanzas de Carlos III se refieren, con regularidad, a un sujeto activo de los delitos que tipifican, que ostente la condición de aforado, aun sin mencionarlo expresamente, se infiere de una gran cantidad de preceptos, entre los que cabe mencionar, en el propio título aludido, los arts. 64 y 65 sobre homicidio y lesiones con alevosía; el 66 y el 82, sobre violación; el 83, sobre crimen nefando, y los 84 y 85, sobre el falso testimonio y la deserción. Confirma la corrección técnica de este último argumento, el Real Decreto de 5 de abril de 1875 que derogó expresamente diversos artículos de las Ordenanzas, entre los cuales se encuentran los citados 83, 84 y 85, resolviendo que los delitos de que tales preceptos se ocupan fueran castigados por las Leyes generales del Reino; sin duda, y creo no equivocarme, porque la duplicación de preceptos no tenía otra base que la de inculcar, en las propias Ordenanzas, a los militares.

Aún existe otro argumento. Apoya, en efecto, la tesis interpretativa que defiende, la Orden de 22 de noviembre de 1870 de la Regencia del Reino, la que, de conformidad a lo propuesto por el Consejo Supremo de la Guerra, dispuso que: "2.º No se entiende delito común para los militares en activo servicio, el que tenga pena señalada en la Ordenanza o Ley militar u otras disposiciones de este Ministerio, o que deba castigarse con arreglo a las mismas, aunque se halle previsto en el Código penal ordinario".

D) *La codificación penal general y militar*

Aceptado el nuevo sistema legislativo de la codificación en los órdenes civil, mercantil y penal por el conocido art. 258 de la Constitución de 1812 y antes, incluso, de ser estrenado nuestro primer Código penal general, el Decreto de Cortes de 17 de abril de 1821, dado en defensa de la recién restaurada Constitución,

en su art. 1.º, declaraba traidor al que conspirara para alterar el régimen monárquico que, en Cádiz, se acababa de establecer. Creo que empieza con dicho Decreto una correlación entre fenómeno y régimen político, de un lado, y producción legislativa sobre la categoría delictiva de la traición, de otro, que ha de repetirse hasta nuestros días, en un constante desvelo por la estabilidad de cada nuevo sistema triunfante. Debo destacar también, desde aquí, la importancia que esta correlación sucesiva va a tener para la correcta solución del problema legislativo que nos ocupa.

1) *El Código penal de 1822.*—El primer Código penal patrio recoge, ya de modo sistemático, en el título II de los que denomina “delitos contra la sociedad”, los que se cometen contra la seguridad exterior del Estado, ocupándose, su capítulo 1.º, “de los que comprometen la existencia política de la Nación, o exponen el Estado a los ataques de una Potencia extranjera”.

No creo preciso transcribir aquí la rica colección de infracciones que, ampliando notablemente el número y mejorando, sin duda, la técnica propia del Derecho precedente sobre la traición, ofrece dicho capítulo. Las conductas tipificadas, sin embargo, deben repasarse por el lector, quien comprenderá que, en el nuevo período abierto, siguen en pie las consideraciones recién formuladas sobre el ámbito restringido que, en lo personal, ostenta el incipiente Derecho penal militar. La Jurisdicción militar conocerá en este momento histórico de los delitos de traición de las Ordenanzas cuyo sujeto activo es, según vimos, el militar y, además, de la más generosa floración de figuras comunes, siempre y cuando éstas fueren cometidas por aforado.

2) *Código penal de 1848 y su reforma de 1850.*—Damos aquí por reproducidos los preceptos que la nueva y más perfecta estructura jurídico-penal de 1848, nos ofrece a la cabeza del título II del libro II de dicho Código, cobijados bajo la propia expresión genérica de “delitos contra la seguridad exterior del Estado”, pero adoptando ya la nueva y definitiva denominación: traición. El sujeto activo, sigue siendo el español, sin perjuicio de que, al perfilarse las distintas figuras criminales, el medio natural y ló-

gico en que las respectivas conductas se desenvuelven, induzca a pensar que, además, sea militar; esto, naturalmente, sin perjuicio de las fórmulas vagas que pudieran permitir la incriminación de los extranjeros. He ahí, pues, cómo el básico texto penal de 1848 exterioriza el carácter universal y atractivo para la ordinaria Jurisdicción, respecto del catálogo de la traición.

3) *Observaciones comparativas.*—Perfilada claramente esta gama de delitos en el Derecho penal general y subsistiendo aún el régimen juridico-penal y jurisdiccional de las Reales Ordenanzas, debe seguir entendiéndose que, pese a la dualidad de algunas conductas, tipificadas en uno y otro cuerpo legal, la calidad militar del autor resuelve el eventual problema. En consecuencia, cuando el militar practica las conductas de la Ley penal general, es perseguido y castigado por sus jueces natos. Coinciden con esta tesis, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (20), quienes, escribiendo precisamente en la época que ahora contemplamos, dicen: “Si el militar comete un delito que por no tener relación con su profesión no está incluido en la Ordenanza, incurre en la penalidad del Código y, por el contrario, debe ser castigado con arreglo a la Ordenanza si el delito a ella debe su existencia o si por vulnerar la disciplina o comprometer la suerte del ejército es considerado en la milicia con una gravedad que las Leyes comunes no pudieran otorgarle... Pero debemos añadir —siguen diciendo— que todo hecho del que no sea militar, si tiene pena expresamente señalada en el Código, ésta es la que le corresponde, aunque la Ordenanza imponga otra diferente”. Creo que estas atinadas palabras de tan doctos expositores son importantísimas para el perfecto conocimiento del Derecho penal militar de esta época a que me refiero; por ello las transcribo, dado su interés. Más adelante, puntualizan: “Como las Ordenanzas del Ejército comprenden algunos delitos comunes que tienen sanción penal en el Código, pudo dudarse si con arreglo a aquéllas o a éste debían ser juzgados los militares que los cometían. Dio lugar a esta dificultad la poca armonía que hay entre las Leyes militares antiguas y las nuevas penales. Nosotros creímos que debía ser objeto de una de-

(20) *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 7.ª edición, Madrid, 1865, tomo III, págs. 10 a 12.

claración legislativa el dirimir una cuestión trascendental; mas entre tanto nos decidimos por los que opinaban a favor del Código". Dichos autores alegan como fundamento, muy razonablemente, a mi modo de ver, el art. 7.º del Código penal que excluía de las normas del mismo, los delitos militares y, también, el hecho de que la interpretación debía ser a favor de la Ley común.

4) *Decreto-ley de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868.*—Creo que el primer paso legislativo respecto de la situación recién examinada, se encuentra en el Decreto-ley de Unificación de Fueros, cuyo título III (después de haber establecido el título I la refundición de los Fueros especiales en el Ordinario) trata de las Jurisdicciones de Guerra y Marina.

El art. 4.º dispone que ambas Jurisdicciones serán las únicas competentes para conocer, respectivamente, con arreglo a las Ordenanzas Militares del Ejército y de la Armada:

2.º De los delitos de traición que tengan por objeto la entrega de una plaza, puesto militar, buque del Estado, arsenal o almacenes de municiones de boca o guerra, al enemigo.

3.º De los delitos de seducción de tropa española o que se halle al servicio de España, para que deserte de su Bandera en tiempo de guerra o se pase al enemigo.

7.º De los delitos cometidos en plazas sitiadas por el enemigo que tiendan a alterar el orden público o a comprometer la seguridad de las mismas.

5) *Innovaciones que introdujo en la materia.*—¿Qué supone la promulgación del Decreto-ley de Unificación de Fueros respecto de los textos punitivos vigentes sobre traición? Si dichos textos se coordinan según la interpretación que definiendo, resulta obvio que tal Decreto no hace más que atribuir explícitamente a las Jurisdicciones castrenses el conocimiento y sanción de dos de los tipos delictivos claramente dibujados en el Código penal de 1850, entonces en vigor. Me refiero al apartado 1.º del art. 142 (21),

(21) "Cualquiera que facilite al enemigo la entrada en el Reino, el progreso de sus armas o la toma de una plaza, puesto militar, buque del

si bien, según este precepto, es forzoso dejar a salvo, en tal enjuiciamiento castrense, las conductas de quienes se limitan a facilitar al enemigo la entrada en el Reino o el progreso de sus armas, dado el carácter excepcional que tal atribución de competencia ostenta en el Decreto-ley, por supuesto en el caso de no ser aforados. El otro tipo de delito a que me refiero es el del apartado 5.º del propio art. 142 (22). Por último, el art. 4.º del Decreto-ley no contiene más innovación que la de atribuir a la jurisdicción militar la competencia por razón del lugar respecto de todos los delitos que, de cualquier índole y ejecutados por cualquier persona sean cometidos en plazas sitiadas por el enemigo, siempre que con ellos se tienda a comprometer la defensa de las mismas.

Conforme a tales innovaciones, vino a conocer la Jurisdicción castrense siempre con el sentido restrictivo propio de la Unificación de Fueros, únicamente de las infracciones transcritas. Y entiendo que tan excepcional medida contaba con las muy lógicas y fundadas razones de mantener a ultranza, en un momento y situación claramente definidos como acción de guerra (23), la máxima eficacia de las propias Fuerzas Armadas.

6) *Código penal de 1870*.—Sabido es que, en general, subsiste la tónica del Código precedente. Por razones de brevedad debe darse por reproducido su articulado sobre la traición, siquiera digamos que desaparece la figura genérica de la tentativa para destruir la independencia o la integridad del Estado que ofrecía el art. 130 de su precedente Código. Por lo demás, aparte sancionarse la frustración y la tentativa de algunas conductas, creo que no existen más novedades, en el tema que nos ocupa, que las de castigar al extranjero, por cualquiera de los delitos previstos en el Código de 1850, en un precepto independiente (art. 140), e

Estado o almacenes de boca o guerra del mismo; la tentativa equivalía a la consumación; la pena: cadena temporal a muerte."

(22) "Cualquiera que sedujere tropa española o que se halle al servicio de España, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas estando en campaña; la misma pena."

(23) El párrafo 5.º del art. 142 del Código habla de: *estando en campaña*; el apartado 3.º del art. 4.º del Decreto-ley de Unificación dice: *en tiempo de guerra o se pase al enemigo*.

introducir la posibilidad de traicionar a Potencia aliada de España (art. 141), tipificando conductas nuevas de traición únicamente cometibles por los Ministros de la Corona, figuras que, como es sabido, recogidas en el Código de la Dictadura y en el de 1932, no se cuentan en el vigente.

Según esto, puede afirmarse que el estado legislativo de la cuestión de la dualidad subsiste en los propios términos que planteó el Decreto de Unificación de Fueros.

No me resisto a la tentación de citar aquí la Real Orden de 17 de enero de 1873, ya que, aunque dictada para salir al paso de problema análogo, cual era el de deslindar la rebelión militar de su homónima común, creo que, como la cuestión se pronunciaba entonces en idénticos términos a los de la traición, puede ser de gran utilidad el criterio que la inspiró. Según dicha Real Orden, sería considerada militar la rebelión: 1.º Cuando fuera cometida por Fuerzas Armadas. 2.º Cuando se cometiera por paisanos armados y organizados a la orden de jefes militares; y 3.º Cuando se cometiera por la iniciativa o bajo la protección de Fuerzas Armadas (refiriéndose, por supuesto y siempre, a las del Estado).

7) *Ley de Bases de 1882 y Código penal del Ejército de 1884.*—Un saludable y fundamental antecedente en la materia y, sin embargo, no suficientemente conocido y ponderado por la doctrina moderna de Derecho militar, es la Ley de Bases de 15 de julio de 1882, de nuestro primer Código penal castrense. Tampoco se ha inspirado en ella, pese a que representa un momento crucial de la historia jurídico-penal militar, el legislador contemporáneo.

Dicha Ley sentó las bases a que habían de acomodarse los textos legales, tanto sobre organización, atribuciones o procedimiento de los Tribunales militares, como sobre la debida articulación sustantiva penal del Ejército y de la Armada.

En su art. 1.º se establecieron por vez primera, con criterios verdaderamente sistemáticos y proporcionados, las razones de competencia de las Jurisdicciones de Guerra y de Marina, atribuyéndoles, la base 4.ª, el conocimiento de las causas criminales por delitos cometidos por militares y marinos en servicio activo,

empleados ..., Guardia Civil, carabineros, etc. En cuanto a la atribución de competencia por razón de la infracción y en un todo de acuerdo con el Decreto-ley de Unificación de Fueros, la base 7.^a repite, en sus apartados 1.^o, 2.^o y 6.^o, con ligerísimos retoques, casi de redacción, el articulado de este último. En virtud de ello, y en la traición, se mantiene la norma de que las Jurisdicciones de Guerra y Marina sólo conocerán de tales delitos cuando éstos tengan por objeto la entrega de una plaza, puesto militar, escuadra, buque del Estado, arsenal o almacenes de pertrechos navales o de municiones de boca o guerra (apartado 1.^o), o la seducción de tropas de tierra o de mar, ya sean éstas españolas o ya extranjeras que se hallen al servicio de España, para conseguir que deserten de sus banderas o buques en tiempo de guerra o se pasen al enemigo (apartado 2.^o), o de cuantos delitos tiendan a alterar el orden público o a comprometer la seguridad de plazas sitiadas o bloqueadas por el enemigo y cometidos en ellas (apartado 6.^o).

Tanto de tales preceptos como de las normas de la base 8.^a sobre competencia en los casos en que resulten complicados en una misma causa individuos del Ejército o de la Armada con otros no aforados, claramente se deduce que esta Ley (que por ser de bases iba dirigida precisamente al legislador) sentó el evidente y sano principio de que, en los delitos de traición, la Jurisdicción castrense conocería de cualquier infracción común cuando fuera cometida por aforado y únicamente habría de conocer contra cualquier clase de persona en los casos taxativos (muy justificados) que se indican en la base 7.^a

El criterio inspirador de esta Ley no hizo, en resumidas cuentas, sino seguir los pasos iniciados por la incipiente legislación penal militar de nuestras Ordenanzas, según la interpretación que hemos ofrecido de las mismas, líneas antes.

El Real Decreto de 17 de noviembre de 1884 proporciona al país el primer Código penal del Ejército (24). Bajo la rúbrica

(24) Ya su exposición de motivos decía textual y significativamente: "Los delitos que afectan a la seguridad del Estado son una novedad introducida respecto de nuestras Ordenanzas, pues por más que se registran en ellas rudimentos dispersos no se ha completado y reunido hasta ahora bajo reglas terminantes y claras todo lo que es propio de la misma materia."

“De los delitos contra la seguridad del Estado” (libro I, título I), se dedica, el capítulo I, a la traición. Los arts. 94 a 100 no dejan ya lugar a dudas sobre cuál sea el criterio legislativo para la diferenciación técnico-jurídica entre las figuras de traición que paralelamente eran incardinadas en ambos Códigos penales, común y militar. Este criterio es, de acuerdo con la más pura tradición, el de la calidad de militar del sujeto activo (cfr. arts. 94, 95, apartados 1.°, 2.° y 5.°, y 98).

Formularé sólo algunas observaciones. Si bien, en términos generales, el Código de 1884 no plantea problema alguno de dualidad legislativa, gracias al señalado criterio diferenciador, que vino así a respetar la normativa penal común del Código de 1780 y su aplicación a los no aforados, creo que sus redactores, acaso por una defectuosa inteligencia de la Ley de Bases, sembraron la semilla que, andando el tiempo, habría de determinar el grave problema de la actual dualidad legislativa sobre traición. Esta defectuosa aplicación de la Ley de Bases que, aunque de momento sólo en potencia, venía a sembrar confusión, se manifestó en un doble aspecto o vertiente. De un lado, repitiéndose en los números 1.°, 2.° y 5.° del art. 94 y en el número 1.° del art. 95, figuras delictivas de traición ya dibujadas por el Código penal de 1780; repetición que, si bien resultaba inocua, por aquel entonces, respecto de una posible dualidad legislativa, dado el repetido criterio subjetivo y diferenciador, no cabe duda que sentó las bases para que, al desaparecer con el tiempo dicho criterio, surgiera con toda su violencia el problema de la dualidad. Tal repetición no debió haberse articulado, ya que la Ley de Bases no lo exigía: por el contrario, su espíritu restrictivo demandaba la simplificación. De otro lado, y pese a este criterio limitativo, el Código introdujo una inflación de conductas nuevas de traición que, si bien se dibujan dentro de los contornos impuestos por las inmediatas y urgentes necesidades que la eficacia de los ejércitos exige, sobre todo en campaña u operaciones de guerra, al ser cometibles o practicables, las más de ellas, por cualquier clase de personas, aforadas o no, se hizo posible que algunas de ellas fueran luego repetidas en la Ley común (25), ofreciendo con ello nuevas

(25) Artículos 94-3.°, 4.°, 6.° y 7.°; 95- 3.°, 4.°, y 97, todos del Código penal militar de 1884.

e innecesarias oportunidades al problema de la dualidad legal, bien que a la inversa del caso anterior.

Advirtamos, por último, que ya en este momento histórico ambos textos penales, común y militar, dan lugar, gracias a la evidente falta de coordinación y sin causa aparente alguna que lo justifique, a situaciones netamente anómalas e injustas. Me refiero a que, como los Códigos penales generales no habían recogido, aunque inexplicable y lamentablemente, el antecedente de las Partidas sobre la excusa absolutoria de quien, complicado en el delito de traición, lo revelare antes de que comenzase su ejecución, y, en cambio, esta excusa figura otorgada por el art. 99 del Código penal del Ejército, resultaba que el sujeto activo no militar jamás podía aprovecharse de ella. Esta evidente falta de justicia distributiva, tampoco sabemos por qué subsiste en la actualidad, sin que quepa argüir, como hace hoy la doctrina patria, que la traición común es letra muerta; afirmación que trataré de desvirtuar oportunamente.

8) *El Código penal de la Marina de Guerra de 1888.*—Publicado por Real Orden de 21 de agosto de 1888. La particular lista de infracciones que el capítulo de la traición ofrece, ya recogiendo (26), puede afirmarse que *paris passu* y al pie de la letra, las figuras ya establecidas en el Código penal del Ejército. Quizá son sólo dos las excepciones a esta afirmación: el núm. 5.º del art. 116, figura típica de la navegación, cual es arriar bandera, fuga al frente del enemigo, etc., y el núm. 2.º del art. 116: facilitar o consentir evasión de prisioneros de guerra. El Código recoge también la excusa absolutoria recién aludida, en su art. 122.

En conclusión, cabe afirmar que tampoco este primer Código penal de la Armada planteó dualidad alguna en la materia, toda vez que, salvo en las figuras innovadas ya por su precedente Código del Ejército, se exige que el autor de la traición sea precisamente marino.

9) *Código de Justicia Militar de 1890.*—Tres son, a mi juicio, las modificaciones que se introducen en 1890, sobre los delitos de

(26) Fenómeno explicable quizá ante la ya apuntada escasez de preceptos en sus precedentes Ordenanzas de la Armada.

traición, con respecto a la recién examinada legislación penal militar.

De una parte (27), considera sujeto agente de las figuras de traición que articula (de ambientación típicamente castrense), a *cualquier persona* (28). De otro lado, siguiendo, tanto en la letra como en el espíritu, la orientación del Código penal del Ejército, introduce dos nuevos tipos delictivos: apartados 2.º y 3.º del artículo 223 (29). Por último, el título V del tratado II adopta otra nomenclatura: "delitos contra la seguridad de la Patria".

He dicho que con el Código examinado surge la cuestión de la dualidad, pero es preciso afirmar sin demora que, cotejando minuciosamente la verdadera y propia dualidad recién estrenada, el problema no se presentaba, desde luego, en los graves términos en que hoy se da. En efecto, desde 1890, y por la fundamental innovación ya señalada, puede decirse que una verdadera repetición de tipos en uno y otro Código, al regular la traición, sólo existe en dos infracciones. Una: la del art. 222 - 2.º (30), que viene a ser la misma del art. 136 del Código penal de 1870, y, transcurrido el tiempo, la del art. 123 del Código penal de 1932. Otra: la del art. 222 - 5.º (31), texto idéntico al art. 137 - 2.º del Código penal de 1870 y al art. 124 - 2.º del Código penal de 1932.

Alguna similitud de conductas delictivas, en otros preceptos de ambos Códigos (art. 222 - 7.º y art. 151, párrafo último, respectivamente), no llega a plantear cuestión.

Mas es forzoso recordar aquí que el art. 7.º del C. J. M. de 1890, al determinar la competencia por razón del delito, estableció que la Jurisdicción de guerra conocería de las causas que, contra cual-

(27) Y juzgo que es la modificación más sustancial y precisamente la que vino a plantear de raíz y con toda su actual crudeza la cuestión de la dualidad legislativa en los delitos de traición.

(28) Obsérvese bien que aquí ni siquiera puntualiza: *el español*.

(29) Malversar caudales o efectos militares en campaña y con daño de las operaciones de la guerra o perjuicio de los tropas y falsificar documento del servicio militar o su empleo con aquellas consecuencias.

(30) Inducir a potencia extranjera a declarar la guerra a España o concertarse con ella para el mismo fin.

(31) Seducir tropa española o que se halle al servicio de España, para que se pasé a las filas enemigas o deserte de sus banderas en tiempo de guerra.

quiera persona, se instruyeran por los de traición comprendidos en dicho Código. Ahora bien: relacionando este precepto con la precedente indagación, resulta evidente que, en principio, al concurrir la dualidad legislativa únicamente en los dos citados preceptos, si bien existía un concurso de normas, éste quedaba resuelto de plano por la atribución de competencia al fuero militar, resultando inoperantes los correlativos preceptos del Código penal entonces vigente. También debo advertir que va a ser este art. 7.º un germen más en el decidido planteamiento de la dualidad, en los extremados términos en que hoy se da.

No es aventurado suponer que el fundamental cambio de orientación legislativa y la, aunque entonces incipiente, pero decidida tendencia a atraer las tradicionales figuras de traición al conocimiento de los Tribunales de guerra, debió contar con una motivación en la conciencia social de la época. Es posible que los acontecimientos políticos, especialmente la guerra Carlista, el pronunciamiento de Sagunto y la insurrección en Cuba, constituyeran elementos determinantes de tal orientación en la nueva producción legislativa de 1890. En tal caso, serían razones de tipo práctico las que vinieron a explicar la apuntada evolución legislativa, con desprecio tanto de los precedentes que el Derecho punitivo patrio brindaba, como los principios técnico-jurídicos en la materia. Parece como si, con la oportunidad que supuso el nuevo Código de Justicia Militar, se pretendiera entonces fortalecer el principio de la soberanía, y con ella la integridad e independencia de la Patria, ofreciendo al Estado la seguridad que de la punición y jurisdicción castrenses en aquel tiempo se esperaba.

10) *Ley de 23 de marzo de 1906.*—En el transcurso de los hechos históricos y ya bajo el reinado de Alfonso XIII, el legislador, atento a los fenómenos políticos, tan importantes para la evolución del Derecho penal, máxime en estos temas, se ve precisado a volver sobre el de la traición. En esta Ley se sancionan conductas de traición junto a otras que atacan directamente a las instituciones armadas.

De modo particular me interesa destacar aquí lo que, a mi juicio, constituye el criterio de nuestro legislador de principios

de siglo, inspirado, sin duda, en los principios de la sana técnica jurídica.

El art. 1.º incrimina la conducta del español que tomara las armas contra la Patria bajo banderas enemigas o bajo las que pugnaran por la independencia de una parte del territorio español; el art. 2.º define los ultrajes a la Nación, la Bandera, etc., y el art. 3.º las injurias y las ofensas al Ejército, Armada, etc.

Pues bien; es importante subrayar que, conforme al art. 5.º de esta Ley, los Tribunales ordinarios de Derecho habían de conocer de las causas que instruyeran por cualquiera de los delitos de los arts. 1.º y 2.º, siempre que los encausados no perteneciesen al Ejército y su conducta no estuviese incurso en delito militar.

Se vuelve, pues, a los cauces tradicionales, tanto sobre diferenciación de conductas, alrededor de la traición, como sobre atribución de competencia a los respectivos jueces naturales.

11) *Código penal de 1928*.—Con el Código penal de 8 de septiembre de 1928 en las manos, se comprueba nuevamente, hasta en las cuestiones de mera terminología, la decisiva influencia que, en la orientación penal, producen los grandes acontecimientos políticos. Y es que nadie puede ignorar que los delitos de traición, sobre todos, se vinculan por naturaleza a un innegable fondo de carácter político, y que es en éste donde habremos de encontrar las más sólidas bases para la correcta interpretación.

El Código penal y la política que la Dictadura alumbró, afirmando la denominación de "delitos contra la Patria", ofrece una gran floración de nuevos tipos que empiezan a invadir los de traición militar, hasta entonces exclusivos del Derecho penal castrense, manteniendo, por supuesto, las figuras de traición precedentemente sancionadas. La dualidad legislativa se mantiene en los términos ya examinados: se insertan en los arts. 230 y 231, los arts. 1.º y 2.º de la Ley recién estudiada, añadiéndose incluso un párrafo 2.º al art. 230 para acusar la lucha contra el separatismo, iniciada ya con la publicación de los Reales Decretos de 18 de septiembre de 1923 y 17 de marzo de 1926, y, por último, se incluye el espionaje en el capítulo de la traición.

Sin embargo, adviértase que el fundamental cambio de orientación que, en estos delitos, supuso el Código de la dictadura

militar de Primo de Rivera, tuvo lugar antes de la promulgación de su particular Código penal, apenas dos años después de la proclamación del nuevo régimen, en virtud del Real Decreto de 25 de diciembre de 1925. Este declaró, como medida de evidente urgencia, que los delitos del título I del libro II del Código penal común, es decir, los de traición, y también los de lesa majestad y los de la Ley de terrorismo (de 10 de julio de 1894), serían de la competencia de las Jurisdicciones de Guerra y Marina.

Examinemos brevemente la situación legal en la materia. Puede afirmarse que un verdadero problema de dualidad legislativa no existió acerca de la traición desde el referido Real Decreto hasta su derogación en el año 1931, toda vez que, comunes o militares, por su situación topográfica, las correspondientes infracciones, tipificadas en ambos Códigos, son canalizadas ineludiblemente a través de un único enjuiciamiento, absorbiendo, el Ejército y la Armada, por imperativas razones del momento político, dicho enjuiciamiento, al igual que el mando militar había tomado en su mano el poder político de la Nación. La grave situación política que permitió un golpe militar para la salvaguardia de los más altos y permanentes valores de la Patria, originó, por imperativos de una urgente y excepcional necesidad histórica, la aparición del Real Decreto de 1925. Y si esto es así, resulta obvio el carácter transitorio de la medida quirúrgica que, en dicho Decreto, se adoptó respecto de la competencia y atribuciones de la Jurisdicción ordinaria para el enjuiciamiento de las clásicas figuras comunes de traición.

Si es cierto, como alguien ha dicho, que la conciencia social subjetiva juega muy importante papel en la evolución del Derecho, siendo particularmente sensible en materia penal, no puede desconocerse que los fenómenos sociales y políticos, jamás exentos, por definición, de evidentes elementos pasionales, imprimen una especial severidad y un emotivo sello a la producción legislativa, la que, las más de las veces, ve ahogarse por esta razón y sin remedio alguno los principios que la técnica y la lógica del propio Derecho positivo demandan.

La obra legislativa de la Dictadura, por ende, y en cuanto al tema que nos ocupa, no merece una crítica adversa, precisamente por razón de la excepcional motivación histórica que la de-

terminó. Otra cosa muy diferente es el carácter de permanencia que se le pretendió dar, en manifiesto desacuerdo, no sólo con los principios de la buena técnica jurídica, sino con los de nuestra tradición histórica y los que ofrece el Derecho comparado.

12) *Código penal de 1932*.—Con el advenimiento de la segunda República, es decir, ante un cambio total en la orientación política del país, vuelve a sus cauces tradicionales el tratamiento penal de los delitos de traición. No es necesario, por razones de brevedad, repetir aquí la correspondiente tipología del Código penal republicano que, por lo demás, sistematiza los clásicos delitos comunes de su precedente de 1870. Deben darse por reproducidos los preceptos de la traición del Código penal de 1932, entre los que cabe destacar la expresa sanción de la conspiración y la proposición para delinquir, si bien se sigue echando en falta la excusa absolutoria recogida por la Ley penal militar.

La cuestión de la dualidad legislativa, en consecuencia, vuelve a plantearse, pero sólo en los estrictos términos ya expuestos, a raíz del estudio de la Ley de 1906 y el C. J. M. de 1890.

13) *Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941: Decidido planteamiento de la dualidad legislativa*.—Andando el tiempo, España experimenta nuevamente una gran conmoción política; esta vez, después de tres penosos años de guerra. De nuevo, pues, van a ser los acontecimientos y la experiencia política de los últimos años los que impulsan al legislador patrio, por evidentes razones pragmáticas, muy explicables ante la urgente necesidad que el bien jurídico protegido en materia de traición, demanda a poner su atención en la seguridad interior y exterior del nuevo Estado: se acude a fijar nuevos tipos delictivos, a elevar al máximo las penas de los ya definidos por el Código penal de la República y, sobre todo, a implicar a la Jurisdicción militar en la persecución y sanción, en exclusiva, del nuevo cuadro punitivo que en esta materia se perfila.

Esta Ley de 1941 es la que introduce, a mi juicio, de plano y con toda su actual crudeza y dificultad el problema de la dualidad legislativa en los delitos de traición.

En lo que a nosotros interesa, bastará con puntualizar que, conforme a la Ley de Seguridad del Estado de 1941:

1.º Los delitos de traición definidos en el Código penal serían castigados con la pena de muerte (art. 1.º, párrafo 1.º).

2.º Se recoge el precedente de los llamados delitos de separatismo del art. 230 del Código penal de la Dictadura, tipificándose la conducta de tomar las armas, tanto bajo banderas separatistas como sediciosas, contra la Patria, elevando las penalidades correspondientes (art. 1.º, párrafos 2.º y 3.º, y art. 7.º).

3.º La disposición transitoria que contiene el art. 69, es sin duda el precepto clave, al establecer que *mientras no se disponga lo contrario* (32), todos los delitos comprendidos en esta Ley serían juzgados por la Jurisdicción militar con arreglo a sus propios procedimientos. Este precepto viene a dejar inoperantes, a partir de la entrada en vigor de la Ley, las figuras de traición definidas en el Código penal común, bien que, según se ve, sobre la base de un principio de índole competencial y, por supuesto, de emergencia, transitorio, jamás de fondo y permanente.

La actual perspectiva histórica quizá permita ya enjuiciar, conforme a los más correctos principios jurídicos, el quirúrgico fenómeno operado por la irrupción que supuso, en el tema contemplado, la Ley de 1941. Pero lo cierto es que el problema de la dualidad quedó planteado al rojo vivo en el preciso momento en que se dio entrada en nuestro Ordenamiento jurídico a una Ley penal que, a caballo entre ambos Códigos, común y militar, vino a encerrar dentro de sí la lista toda de las infracciones

(32) Esta frase que subrayo creo que es un buen argumento para advertirnos que el propio legislador patrio de la postguerra intuyó con correctísima técnica el carácter transitorio (el propio art. 69 es el único del capítulo XII. Disposición transitoria, de la Ley) de la norma excepcional que, en punto a competencia, venía a establecer, mostrándose así conforme con la tesis que defiende en el texto.

Hay más; también el preámbulo de la propia Ley de Seguridad del Estado de 1941 marca la transitoriedad, en cuanto se refiere al aspecto sustantivo penal: "... los imperativos y realidades de nuestro momento"; se refiere a las leyes penales precedentes, y a continuación: "... preocupación del Gobierno, la promulgación oportuna de un nuevo Código penal... Mas no es posible que en tanto se promulga ese nuevo Código pueda el Estado permanecer inerte en la carencia de aquellas previsiones penales...", etc.

comunes de traición, para entregarla, con esa característica provisionalidad permanente que al legislador patrio ha caracterizado en no pocas ocasiones, al enjuiciamiento y eventual sanción de los Tribunales militares; entrega que se llevó a cabo con el decidido propósito de otorgar por este medio al Estado, la garantía que la tradicional severidad y rigor de la Jurisdicción castrense podía ofrecerle (33).

Asistimos, puede afirmarse una vez más, a la experiencia histórica que ocasionó la promulgación del Real Decreto de 25 de diciembre de 1925. Es posible afirmar, incluso, que las vicisitudes políticas y la situación de verdadera emergencia creada con motivo de la última guerra acusasen más ecentuadamente aún la necesidad de una urgente, severa y eficaz mano común en la persecución y represión de los tradicionales delitos contra la seguridad exterior del Estado. Puede admitirse que el grave trauma experimentado por el país, no sólo explicaba, sino que también justificaba los postulados que son objeto de articulación en 1941 y que culminan en la absorbente atribución de competencia por la Jurisdicción militar.

Por ello, más que la oportunidad histórico-legislativa de la Ley de Seguridad del Estado, es su influencia en ambos cuerpos legales, común y militar, y la manera irregular y confusa en que por ellos fue recibida tan repetida Ley, lo que merece una severa crítica. En suma, hemos de comprobar, tanto al estudiar la especialidad propia del Derecho penal militar como a la luz de

(33) Garantía, a la que me refiero, aludida también, en aquel entonces, por el propio legislador, con motivo de la Ley de 2 de marzo de 1943, que, aunque dictada para modificar los artículos relativos al delito de rebelión en ambos Códigos (común y militar), cuenta, obviamente con idéntica motivación y carácter de transitoriedad. En su preámbulo se lee: "... aquellos hechos que en lo sucesivo pudieran tender a perturbar gravemente el orden público o a dañar el prestigio del Estado, ya que de ambos son su más firme garantía los Organismos Armados de la Nación". Esta referencia no es puramente casual, pues quiero recordar que otra Ley de idéntica fecha estableció: "la debida equiparación con el delito de rebelión militar de las transgresiones del orden jurídico que tengan una manifiesta repercusión en la vida pública, condensando en una disposición con rango de Ley, los distintos bandos y medidas *excepcionales* que se han dictado a partir del 18 de julio de 1936", según se lee en su preámbulo.

las consideraciones que el Derecho comparado nos brinda, acorde en un todo con nuestra más clásica tradición legislativa, que la Ley de Seguridad del Estado constituyó, sin duda, una norma punitiva de excepción, volcada a lo jurisdiccional y, por ende, debió entenderse y mantenerse como transitoria, impidiendo su anómala y subrepticia incorporación a textos penales de indudable carácter permanente (34). Si a ello sumamos la falta de coordinación, al reestructurar ambos capítulos de la tradición, el común y el militar, tendremos suficientemente explicado, mas no justificado, el actual panorama que la legislación vigente ofrece con su flagrante dualidad.

IV

DERECHO COMPARADO

Sólo dos palabras para justificar y para puntualizar la llamada al Derecho comparado. La parte histórica brinda al investigador un estimable instrumento de trabajo; pero puede que la aplicación del método comparativo nos sea de igual o superior valor.

En efecto, en el espacio, dado un determinado momento histórico es indudable que existe una fuerte dosis de homogeneidad en el campo de lo penal. El fondo común de exigencias morales que integran la trama de nuestra vida colectiva, en determinados

(34) Este espíritu legislativo patrio hacia la permanencia de los preceptos de la Ley que contemplamos, llega a extremos harto curiosos, como por ejemplo, el apuntado por RODRÍGUEZ DEVESA (*Op. cit.*, pág. 492, nota 10), al recordar la anomalía que supuso el hecho de que, derogada tal Ley, sin más, por el art. 10 del Decreto-ley de 18 de abril de 1947, viniera luego a aludirse a ella, para dejar subsistente, tanto en lo sustantivo como en lo jurisdiccional, aquellos de sus preceptos no incorporados al Código penal, al ser revisado éste en 1963 (cfr. el art. 604 de dicho texto revisado), lo que, si bien era concebible al promulgarse el Código penal de 1944, que, como es sabido, contenía el art. 604 con idéntica redacción, parece que no tiene fácil explicación tras la derogación de la Ley de Seguridad del Estado por el Decreto-ley de 1947, aparte las muestras que este hecho ofrece de descoordinación legislativa.

grados de desarrollo y civilización, dan pie para pensar en la utilidad que supone el traer aquí, de qué manera resuelven los demás países, en este momento, la cuestión debatida.

De otro lado, quiero aclarar el sentido y alcance que aquí atribuyo a esta breve incursión comparativa. Tan pronto se habla en la doctrina de una nueva ciencia jurídica, como se niega, a la investigación comparada del Derecho, el carácter de tal, estimando que no pasa de ser un simple método. En esta última línea, la más generalizada, RODRÍGUEZ (35), siguiendo a DE FRANCISCI y MESSINEO, ha podido decir que el Derecho comparado no es sino "un método que trata de determinar las notas comunes y diferenciales que existen entre determinadas instituciones o sistemas jurídicos". No tratamos simplemente, pues, de obtener el único fin de informarnos del Derecho extranjero (36), sino de interpretar también nuestra propia legislación y de orientar, por último, su reforma, aprovechándonos de la experiencia extranjera.

De la abstracta homogeneidad a que aludo, en el campo penal, es preciso descender a los delitos contra la seguridad exterior de los Estados; y precisamente de la necesidad de que a éstos se les reconozca una serie de derechos en el ámbito del concierto internacional, habla elocuentemente la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, aprobada por la Asamblea de la O. N. U. el 6 de diciembre de 1949 (37).

Como ya se indicó al plantear el tema, sólo trataré de apuntar las soluciones que a la eventual dualidad legislativa brinda el método comparativo, unificando, eso sí, los distintos sistemas jurídicos en grupos armónicos y tratando de poner en evidencia la particular postura del legislador patrio.

De los 21 Códigos penales militares que han sido objeto de investigación en este rápido examen, entre los que se cuentan, por

(35) RODRÍGUEZ, Joaquín: *Concepto y métodos del Derecho comparado*, página 26.

(36) Así designado por GUTTERIDGE, en *El Derecho comparado. Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del Derecho*. Instituto de Derecho Comparado. Barcelona, 1954, pág. 18.

(37) Cfr. BLECUA FRAGA, Ramón: *Los delitos contra la seguridad exterior del Estado en la legislación extranjera*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, enero-junio 1963, pág. 49.

supuesto, los textos de los países de más rancio abolengo jurídico, los de más reciente y depurada producción legislativa y aquellos cuyos Estados ostentan en el actual concierto de las Naciones una mayor hegemonía política y militar, cabe verificar cuatro grupos fundamentales en el tema del deslinde de las traiciones común y militar.

A) Códigos penales militares que exigen la condición de militar en el sujeto activo del delito de traición castrense, ya remitiéndose, para definir los correspondientes tipos delictivos, a las figuras previstas por el Código penal común sobre traición, ya definiendo tipos más genuinamente castrenses dentro del propio texto militar. Aquí deben incluirse:

El Código penal para el Ejército del Reino de Italia, de 28 de noviembre de 1869, ya derogado, y por supuesto, los Códigos penales militares de Paz y de Guerra de Italia, hoy en vigor, de 20 de febrero de 1941.

El C. J. M. para el Ejército de Tierra, de 9 de marzo de 1928, modificado por Ley de 4 de marzo de 1932; el C. J. M. para la Armada, de 13 de enero de 1938, y la Ley de 2 de julio de 1934 para el Ejército del Aire, todos ellos vigentes en Francia hasta la entrada en vigor del C. J. M. unificado a que luego se aludirá.

El C. J. M. argentino, Ley núm. 14.029 de 1951, incluso el Código de Justicia Policial.

El C. J. M. de los Estados Unidos de Norteamérica, de 4 de junio de 1920.

El Código Jurídico Militar de la Guardia Nacional de Nicaragua, de 16 de noviembre de 1948, que sigue al estadounidense tanto en su estructura como en sus figuras delictivas.

El C. J. M. de las Fuerzas Armadas Reales de Marruecos, publicado por Dahir de 10 de noviembre de 1956.

La Ley de Justicia Militar de Israel, de 21 de junio de 1955.

El C. J. M. de Chile, de 23 de diciembre de 1925.

El C. P. M. de Turquía, de 22 de mayo de 1930.

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 miembros de las Fuerzas Armadas, sin recoger propias figuras castrenses de traición.

La Ley penal militar alemana, de 30 de marzo de 1937.

La Ley penal militar inglesa de 1955.

El Código penal militar de Uruguay, de 28 de enero de 1943.

C) Códigos penales militares que, fundamentalmente y para el tiempo de paz, sólo articulan delitos de traición con sujeto activo militar y, únicamente para el supuesto de tiempo de guerra, se describen delitos de traición con sujeto activo militar o no militar o se atrae el conocimiento de cualquier delito de traición a la Jurisdicción castrense.

C. J. M. francés, hoy en vigor, de 8 de julio de 1965, en lo fundamental.

El Código penal militar del Brasil, de 24 de enero de 1944.

El C. J. M. de Portugal, de 26 de noviembre de 1925.

Los capítulos 21 y 22 del Código penal común de Suecia, de 1 de enero de 1965, que, como es sabido, regulan, respectivamente, los delitos militares en tiempo de paz y de guerra.

D) Códigos penales militares con delitos de traición cometibles por cualquier persona.

Código de Justicia Penal suizo de 13 de junio de 1927, si bien debo advertir que, en el capítulo correspondiente, se enuncian infracciones contra la defensa nacional y contra la potencia defensiva del país, delimitándose figuras delictivas que entrañan conductas netamente castrenses.

El C. J. M. del Perú, de 1950, ratificado por Ley de 1 de septiembre de 1950.

El C. J. M. de Venezuela, de 17 de julio de 1938, reformado en 10 de octubre de 1945.

Es obvio que habrá que incluir el C. J. M. hoy vigente en España en este cuarto grupo.

E) Derecho de la U. R. S. S. Quizá merece renglón aparte, también por sus bases políticas no occidentales, la Ley sobre responsabilidad penal por delitos militares soviética, de 25 de diciembre de 1958, típicamente definidora de delitos sólo militares y que, respecto de los de traición, se remite de modo implícito en su art. 23, a), a la Ley sobre responsabilidad penal por delitos contra el Estado, impidiéndose, de este modo, cualquier fricción,

falta de coordinación o dualidad legislativa respecto de las figuras que comprende, las cuales tienen así un encuadre y una atribución de competencia perfectamente deslindados y propios.

* * *

En resumen; este asomarse al exterior, nos demuestra que la orientación que se afianza en el mundo contemporáneo cuenta con las siguientes bases: de un lado, la repartición de las traiciones entre ambas Jurisdicciones, ordinaria y militar, atendiendo a la condición del agente; de otro, la más amplia enumeración de infracciones nos la ofrecen los textos punitivos generales o comunes, constituyendo los tipos propiamente castrenses de traición, cuando existen diferenciados, muy concretas y específicas figuras atinentes al estricto mundo de lo que VENDITTI denomina "consorcio militar" (38). Quizá, por último, convenga no perder de vista las atinadas orientaciones, tan útiles para nuestro estudio, que suponen los Códigos (francés, italiano, sueco, etc.) que distinguen según se trate de tiempo de guerra o de paz, sobre todo en el tema jurisdiccional.

V

OBLIGADA REFERENCIA AL TEMA DEL DERECHO PENAL MILITAR Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO PENAL COMÚN

No pretendo intentar nuevas averiguaciones en la materia propuesta, sino únicamente adoptar las que parecen más acertadas en el momento actual.

Refiriéndome a la cuestión en el Derecho positivo español hoy vigente y sin entrar en consideraciones críticas acerca del mismo, creo que se puede afirmar, de acuerdo con las conclusiones de las Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la

(38) VENDITTI, Rodolfo: *Diritto penale militare nel sistema penale italiano*, 1959, págs. 1 y sigs.

Guerra celebradas en Valladolid el año 1961 (39), que nuestro Derecho punitivo castrense es un Derecho especial, pero tomando esta expresión en el mero sentido de texto extravagante al Código penal; es decir, como Derecho distinto. No es un Derecho penal de excepción en el sentido sustantivo; sólo en lo jurisdiccional la hay. Tampoco es un Derecho corporativo, ya que, aparte otras razones, la eficacia de las Fuerzas Armadas no constituye un bien jurídico privativo de los Ejércitos, sino estatal. Tampoco es un simple Derecho penal disciplinario.

Las relaciones entre Derecho penal general y militar son de Ley general-Ley especial. No existen diferencias, ni en los principios, ni en los métodos, ni en los sistemas, respectivamente, seguidos, cuando menos esenciales. Tampoco las fuentes, ni el concepto del delito militar o las consecuencias jurídicas del delito, ofrecen divergencia.

Debe considerarse, en buena técnica, que la vida militar no es sino un aspecto más, aunque particularísimo, de la vida civil y que, por tanto, la Ley penal común, dado su carácter de Ley general, debe prever y regular, con sus propias sanciones, todas las relaciones, comprendidas aquéllas que la vida militar origina, siendo cometido específico de la Ley punitiva castrense, inserta en la Ley común, el de complementar a ésta (40) con la expresa articulación de todas las posibles violaciones del orden jurídico militar. Aún cabría añadir, respecto de las conclusiones jornalistas a que aludo, que nuestro C. J. M. constituye, en puridad, una Ley especial complementaria *sui generis* que se despega, por así decir, de las restantes Leyes especiales, no sólo por su carácter permanente, sino por ser Ley codificada y también por ese particular ordenamiento judicial y de jurisdicción que corresponde a la especialidad de su materia (41).

(39) Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, J. M.: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, primera ponencia de dichas Jornadas, publicadas por la Universidad de Valladolid en 1961.

(40) Cfr. VENDITTI: *Op. cit.*, pág. 15.

(41) Cfr. MANASSERO, Aristide: *I Codici penali militari*, v. I, Milano, 1951, pág. 39. En el mismo sentido se pronuncia también la mayoría de la doctrina italiana: cfr., por todos, CIARDI: *Istituzioni di Diritto penale militare*, Roma, 1950, I, pág. 33.

RODRÍGUEZ DEVESEA ha puesto de relieve, en las citadas Jornadas, que también por el camino del estudio de los aspectos criminológicos se llega a la conclusión de la especialidad del Derecho penal militar (42); mas creo que puede afirmarse que, aun sin entrar en el campo criminológico, este Derecho especial debe encuadrarse como verdadero y propio Derecho complementario, sirviéndose en un todo, tanto de los principios lógicos como del método y de los cuadros de demostración tradicionalmente utilizados por el Derecho penal común (43). De acuerdo con VENDITTI, también en España puede decirse que el C. J. M. es, por naturaleza y por destino, Ley especial, y por adquisición, o sea por voluntad y por acción del legislador, Ley complementaria (cfr. artículo 254 e incluso el art. 245 del C. J. M., y art. 7.º del Código penal).

(42) El ilustre autor puntualiza, con evidente acierto, que el legislador no puede ser ajeno a la existencia de una fuerza armada dentro del Estado y que no sólo la puesta en peligro de la existencia, sino también la de la sola eficacia del potencial bélico, han de ser *complementariamente sancionadas*, aunque las respectivas conductas no resulten reprochables en términos de Derecho penal común. Es decir, los principios del Derecho general subsisten, siendo operantes como básicos y generales, por lo que cabe afirmar con el profesor RODRÍGUEZ DEVESEA que la resultancia de todo ello es una tipología de compartimientos delictivos propios que, para ser correctamente entendida en el marco de la especialidad punitiva castrense, ha de adaptarse fielmente a las necesidades reales que la existencia del Ejército y su eficacia dentro del Estado demandan (confróntese: Ley Orgánica del Estado, sobre los temas de Fuerzas Armadas y su Jurisdicción).

(43) Con esta afirmación no hago nada más que parafrasear a THALLER, en *Livre du centenaire du Code civil*, y lo hago intencionadamente, pues creo, con firmeza, que, *mutatis mutandis*, el Derecho penal militar es al Derecho penal general o común lo que el Derecho mercantil es al Derecho civil; esto podría demostrarse no sólo con argumentos de razón, sino, muy particularmente, con otros vehementes de índole histórico-legislativa.

VI

LOS DELITOS DE TRAICIÓN EN AMBOS CÓDIGOS VIGENTES:
DUALIDAD LEGISLATIVA Y SOLUCIONES DE LA DOCTRINA PATRIA

Nuestro actual Derecho positivo denuncia la lógica consecuencia del desenvolvimiento histórico, sobre todo del más próximo a nuestros días, al sancionar las conductas delictivas de traición. La dualidad legislativa es palpable para el más inadvertido de los lectores. Ya señalé que hoy la dualidad se da con caracteres mucho más agudos que tiempo atrás, y que el momento clave de esta agudeza del problema se encuentra en la Ley de Seguridad del Estado de 1941 y, por ende, en los acontecimientos políticos que la determinaron. Pero esto explica, mas no justifica, que unas mismas conductas (y basta con un solo supuesto en que así ocurra), sean doblemente incriminadas y penadas con diferentes sanciones y, lo que es peor, con previsiones exculpatorias discriminantes (recuérdese la excusa absolutoria en la traición del Código de Justicia Militar), en Leyes distintas; lo que es contrario a los principios más elementales a que debe responder toda producción legislativa que en algo se estime.

La doctrina española que, aunque escasa, ha enjuiciado este fenómeno, se excede en sus afirmaciones, quizá por la forma categórica en que se pronuncia; por lo demás, se muestra raramente casi unánime.

Ya DE QUEROL (44) decía categóricamente: "... ahora no hay delitos de traición militar y delitos de traición comunes: la traición, debidamente trasplantada a su lugar propio, es siempre delito típicamente militar —y a renglón seguido añade— ya que *todas las formas posibles del delito de traición están incluidas en el Código de Justicia...*", subrayando el propio autor la frase. Se demostrará, sin embargo, su inexactitud (45).

(44) *Principios de Derecho militar español*, II, Madrid, pág. 327.

(45) El propio autor añade textualmente: "es decir, que, en la práctica al menos, hay que estimar que por la Ley de 17 de julio de 1945 que ha promulgado dicho Código militar han quedado derogados los artículos 120 a 125 del Código penal común de 1944", afirmando también.

Aparte la denuncia que de la dualidad contemplada se hace por la doctrina patria (46), quiero destacar aquí las siempre más profundas observaciones que, acerca del Derecho penal militar, formula el ilustre Auditor y profesor RODRÍGUEZ DEVESA (47), quien, tras expresar lo absurdo del estado legislativo de la cuestión, máxime —como muy bien dice— cuando la diversidad de penas depende de razones meramente procesales y no sustantivas, añade textualmente que es “siempre competente, en el caso de dualidad en la regulación (inciso que creo muy intuitivo), la Jurisdicción militar que aplica siempre el C. J. M., quedando las previsiones del Código (se refiere al penal) convertidas en *letra muerta*”.

Una saludable excepción a esta corriente doctrinal, tan pesimista como cómodamente inhibitoria, representa las muy recientes y atinadas observaciones de ALGORA MARCO y HERNÁNDEZ OROZCO (48) al señalar, aunque sin desenvolverla, la idea de que “el paralelismo, sin embargo, entre ambos Ordenamientos en cuanto al delito de traición en sus líneas generales es tan sólo relativo, si bien en la vida real se habrá de resolver con mayor frecuencia en favor de la norma militar”.

Pues bien; creo que las categóricas afirmaciones que parecen prosperar en la doctrina patria, no pueden ni deben compararse. Me bastará con demostrar que en un sólo supuesto los tipos delictivos del Código penal son distintos a los del C. J. M., según el irrefutable principio de que: *bonum ex integra causa, malum*

que “la razón de la competencia para entender de él (se refiere al delito de traición *trasplantado a su lugar propio, el Código de Justicia Militar*), los Tribunales castrenses, descansa en el inciso 12 del art. 6.º”.

(46) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, página 463, y TERUEL CARRALERO, en *Anuario de Derecho penal*, “La pluralidad legislativa”, 1963, págs. 17 y sigs. etc.

(47) En *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VII, Barcelona, 1955, voz “Derecho militar”, y también en las Primeras Jornadas a que aludo en el texto, en su ponencia sobre *Derecho penal militar y Derecho penal común*, y en *Derecho penal español*. Parte especial, Valladolid, 1966, páginas 515 y sigs.

(48) En el *Código de Justicia Militar*, por ellos anotado y concordado, Aguilar, Madrid, 1963, págs. 169.

ex quocumque defectu, para salir al paso de la doctrina de la *letra muerta* de la traición común

1) *Cotejo de los delitos de traición en ambos Códigos: identidad, analogías y diferencias.*—El Derecho vigente, si se examina la dualidad con atención, nos sugiere las siguientes conclusiones:

1.^ª Una verdadera, propia y absoluta identidad de supuestos de hecho, sólo se da en las siguientes correlativas figuras:

- a) Art. 120 Código penal y art. 258 - 2.^º C. J. M.
- b) Art. 122 - 2.^º Código penal y art. 259 - 4.^º C. J. M.
- c) Art. 135 Código penal (entre los delitos del capítulo II, y no de traición) y art. 266 C. J. M.

2.^ª Los restantes supuestos de hecho previstos en ambos Códigos, sólo superficialmente pueden confundirse; su examen minucioso, tanto en los verbos y términos empleados como en la determinación de la conducta y el resultado respecto del tiempo y del lugar, brinda una serie de diferencias que, en rigor, vienen a configurar tipos delictivos distintos.

Si esto es así, convendrá aludir a estas diferencias de matiz, bien que con indudable significación técnico-jurídica, lo que me propongo hacer tras de señalar los supuestos de hecho del Código penal que no encuentran ni próximo ni remoto correlativo en el C. J. M.

a) Las figuras previstas por el art. 121 - 3.^ª y el art. 122 - 1.^º y 3.^º del Código penal ofrecen un denominador común: "bajo banderas enemigas, sediciosas o separatistas". Se citan por la doctrina como correlativos de estos supuestos, respectivamente, los artículos 258 - 11.^º y 259 - 3.^º y 10.^º, el art. 259 - 1.^º y, por último, los arts. 258 - 8.^ª y 259 - 10.^º, todos del C. J. M. Mas debe advertirse, si bien se mira, que el C. J. M., en dichos preceptos, no prevé, evidentemente (pese a ser figuras encuadrables en el marco general de los correlativos preceptos comunes), los casos en que las banderas beneficiadas por la conducta criminal del sujeto agente, sean sediciosas o separatistas. Por tanto, y en cuanto se den ambos últimos casos (y la cuestión no es precisamente bizantina, menos aun en términos de Derecho vigente), el delito de traición será común y la Jurisdicción competente habrá de ser la ordinaria, a salvo, por supuesto, el caso de agente aforado. El único

contraargumento, el extraíble del art. 258 - 3.º, que pudiera comprender el separatismo del art. 122 - 1.º del Código penal, se desvirtúa si observamos que, aparte su discutibilidad, subsiste lo dicho respecto de los demás supuestos.

b) No niego las vehementes analogías que otros artículos de ambos Códigos ofrecen; mas téngase en cuenta que la identidad de tipos legales no es absoluta, por lo que el intérprete menos exigente advertirá muy significantes diferencias.

Art. 121 - 1.º Código penal, art. 258 - 5.º y 6.º C. J. M.

Art. 121 - 2.º Código penal, art. 258 - 10.º C. J. M.

Art. 122 - 4.º Código penal, arts. 259 - 2.º y 266 C. J. M.

Art. 122 - 5.º Código penal, arts. 258 - 14.º y 259 - 11.º C. J. M.

Art. 122 - 6.º Código penal, arts. 262 y 263 C. J. M.

Art. 123 Código penal, art. 316 C. J. M.

En cuanto de la comparación no resulte identidad absoluta de conducta, nexo causal y resultado, se tratará de delito común enjuiciable por los Jueces ordinarios, a menos que el agente sea militar; máxime si no olvidamos el carácter restrictivo que (según se deduce tanto de la tradición histórico-legislativa, como del Derecho comparado y de la naturaleza del Derecho penal militar en sus relaciones con el común) debe atribuirse a la articulación de tipos delictivos en los textos punitivos castrenses.

Convendrá repetir aquí que tanto la confusión como el caos legislativo de la punición, con sus consecuencias de inseguridad jurídica y falta de intimidación, de que nos habla TERUEL CARRALERO (49), cuando se ocupa de esta dualidad, dimana, a mi juicio, de la inserción o, mejor aún, apresurada distribución que, en los Códigos común y militar, se hizo de los preceptos sobre delitos contra la seguridad del Estado, alumbrados por la Ley de 1941. Los codificadores del Derecho penal vigente, en suma, olvidaron de este modo que con semejante distribución convertían en permanente una Ley que nació excepcional y transitoria con un evidente mayor ánimo competencial y procesal que sustantivo. Todo esto explica el porqué de la dualidad actual, mas no justifica el proceder legislativo.

3.º El estudio comparativo brinda todavía elocuentes conclu-

(49) *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1963, pág. 33.

siones. En el C. J. M. hay tipos delictivos no previstos ni por aproximación en la Ley penal común. De otra parte, preceptos del C. J. M., diríase que de Parte general, no encuentran expresión correlativa en la traición del Código penal. Ambas observaciones nos avisan de eventuales tratos desiguales, de muy difícil justificación, según se aplique uno u otro texto punitivo.

Enumeraremos unos y otros supuestos:

a) Figuras delictivas exclusivas del C. J. M.: art. 258 - 1.º, 3.º, 4.º, 7.º, 12.º, 13.º; art. 259 - 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º; arts. 260, 264 y 267.

b) Preceptos de teoría general en el C. J. M. sin correlativo en el Código penal:

a) Art. 268: propia excusa absolutoria para quien, complicado en el delito de traición (debe entenderse de naturaleza militar como comprendido en el C. J. M.), lo revelare antes de empezar a ejecutarse y a tiempo de poder evitar sus consecuencias. Señalé, a su tiempo, el origen de la excusa de las Partidas y su inexplicable no incorporación a los textos penales comunes. Únicamente fue acogida siempre por la Ley militar, con lo que, máxime dado el grave estado actual de la cuestión de la dualidad, viene a implicar, aparte la evidente falta de coordinación legislativa, un semillero de desigualdades y, por ende, de injusticias, a menos que se demuestre la razón de esta anomalía.

b) Art. 269: La conspiración y la proposición en la traición militar, y no en la común, cuentan con pena expresamente señalada en el propio capítulo del C. J. M.: la de prisión. Esto sugiere dos observaciones: 1.ª La naturaleza común de la pena, al igual que ocurre con las demás previstas en el propio capítulo del C. J. M., parece evocar el trasfondo genérico común de la naturaleza propia de estos delitos. 2.ª En ambos casos previstos por el precepto se puede llegar a la imposición de la pena señalada al delito, lo que evidencia un nuevo semillero de disparidad en el trato, a falta de precepto paralelo en el Código penal.

4.ª Nuevas disparidades se dan (no-pretendo agotarlas) en los siguientes casos:

a) Según el art. 185 del C. J. M., la circunstancia eximente de su núm. 10 (el que obra impulsado por un miedo insuperable de un mal igual o mayor) no es apreciable en los delitos de traición

y otros militares, cualquiera que sea la condición de la persona responsable (párrafo 2.º de dicho núm. 10), con lo que, de nuevo surge la no justificada disparidad en el tratamiento jurídico, ya que el responsable del delito de traición común no militar, correlativamente, se beneficia de la eximente del art. 8.º - 10.º del Código penal.

b) El art. 432, párrafo 2.º del C. J. M. otorga una exención de pena al superior que maltrata de obra al inferior en caso de flagrante delito de traición (debe entenderse también militar). Se dirá que una relación jerárquica tal no existe en la vida civil; mas, aparte la existencia de otras jerarquías administrativas, la carencia de paralelo precepto penal común, reitera la diversidad de trato, con evidente perjuicio en este caso de la sana función preventiva del crimen que el precepto entraña.

VII

CONCLUSIONES DE "JURE CONDENDO"

De acuerdo con RODRÍGUEZ DEVESA, estimo que la recién examinada diversidad legislativa sobre el delito de traición, sólo cuenta con una posible explicación y ésta es la del desmedido propósito (según pongo en evidencia a lo largo de estas páginas) de atraer al conocimiento de la Jurisdicción militar por razón de la materia, los delitos de traición cuando son cometidos por no militares. Hemos visto el papel que jugó la Ley de Seguridad del Estado de 1941, oportuna en su momento al igual que sus precedentes, mas, como procesal, transitoria. Procesales fueron, estrictamente, las medidas que en otro tiempo comenzó a adoptar el legislador patrio para militarizar los delitos de traición, extrayéndolos, por esta vía indirecta, de su campo propio: la legislación penal común (50). Este señalado afán (Ley de Unificación de Fueros de 1968, Ley de Bases de 1882, art. 7.º C. J. M. de 1890

(50) Es decir, todo lo contrario de lo que piensa DE QUEROL: cfr. *supra*, apartado IV.

y Real Decreto de 25-XII-1925) se operó también por vía directa en 1945, cuando se comprueba cómo, abiertamente, se engrosa el catálogo de los delitos de traición militar (por ejemplo, art. 258-5.º, 11.º y 14.º, art. 259 - 1.º, 3.º y 11.º, arts. 261 y 265, todos del C. J. M.), con una serie de figuras que no cuentan otro antecedente que el de la legislación penal común.

Ambos procedimientos de absorción, aunque quizá aceptables en su momento, deben estimarse como excepcionales y transitorios, al carecer de sólidos fundamentos técnico-jurídicos, históricos y comparativos, y como tales deben ser desterrados, máxime a la hora de unos momentos históricos en que se pretende regresar paulatina y pacíficamente a la normalidad política.

Las bases de la futura articulación y distribución de competencias en materia de delitos de traición deben venir presididas por el resultado de las averiguaciones hechas en las páginas precedentes.

Y si esto es así, máxime con la oportunidad que ofrece el artículo 31 - I de la vigente Ley Orgánica del Estado español, resulta forzoso propugnar que, volviendo las instituciones a sus cauces naturales, deba rehabilitarse tanto la tipología como la atribución de competencia de los Tribunales ordinarios en punto a la traición, de manera que, mediante una correcta técnica, las conductas criminales a las que ordinariamente pueden acceder todos los españoles, militares o no, sean regularmente catalogadas y sancionadas en la Ley penal común, dejando reducido el cuadro punitivo castrense a aquellos supuestos de hecho que por afectar única, exclusiva y directamente a la existencia y al mantenimiento eficaz de las Fuerzas Armadas, singularmente en tiempo de guerra, se acomodan mejor a la naturaleza propia de esta rama penal especial. Si a esto añadimos la atribución de competencia de la Jurisdicción castrense por razón de la persona que ostenta esta condición, habremos perfilado un Derecho punitivo militar, de acuerdo con los postulados hoy en vigor.

Séame permitido decir, por último, que si el art. 37 de nuestra Ley Orgánica del Estado considera que las Fuerzas Armadas de la Nación garantizan la unidad e independencia de la Patria y la integridad de sus territorios, no es aventurado pretender que la

conducta traidora del militar entraña, obviamente, tal mayor gravedad que debe tenerse muy en cuenta a la hora de señalar la penalización.

Si la labor, además, consigue no sólo la reestructuración que pretendo, sino también la desaparición de cuantas anomalías, y diferencias he señalado, nada impide que podamos albergar las mejores esperanzas.