

EL DELITO DE ESPIONAJE

por Domingo TERUEL CARRALERO

Magistrado

SUMARIO: I. *La cuestión y su actualidad.*—II. *Historia:* A) China. B) Grecia clásica. C) Roma. D) Germania primitiva. E) Europa feudal. F) Estatutos de las ciudades italianas. G) España medieval. H) Ordenanzas reales francesas. I) Ordenanzas de Carlos V de Alemania. J) Ordenanzas militares de Carlos III de España.—III. *El Código de Napoleón.*—IV. *La multiplicidad legislativa:* A) La dualidad de Códigos. B) Los reglamentos de campaña. C) Los convenios internacionales. D) Las leyes especiales.—V. *Los Códigos penales españoles ya históricos:* A) Los Códigos penales comunes u ordinarios: a) El de 1822. b) El de 1848-1850. c) Los de 1870 y 1932. d) El de 1928. B) Los Códigos penales militares: a) El Código penal para el Ejército de Tierra de 1884. b) El Código de Justicia militar de 1890. c) El Código penal de la Marina de guerra de 1888.—VI. *Naturaleza.*—VII. *Su tipificación en la vigente legislación española:* A) La previa diferenciación de los delitos afines. B) La casuística en nuestra legislación: a) Espionaje propiamente dicho. b) Espionaje culposo. c) Actos o conductas peligrosos. d) Sospecha de espionaje. e) Prestación de auxilio a los espías. C) El procedimiento para su castigo.—VIII. *tesis y conclusión.*—IX. *Bibliografía.*

I

LA CUESTIÓN Y SU ACTUALIDAD

No habrá materia que haya servido con más frecuencia de tema a la novela y al cinema que el de las actividades de los espías. El fácil efecto producido sobre un público ingenuo con el relato de las andanzas de estos hombres a los que se presenta como excepcionales: excepcionalmente repulsivo el agente enemigo, excepcionalmente caballeroso y valiente el agente propio. Aquéllos son los trastos y dragones modernos: éstos, los actuales caballeros andan-

tes. Cuando el personaje de la trama es femenino, la tensión dramática llega al límite y se consigue mejor el efecto emocional buscado y siempre conseguido.

Poco importa al buen público el detalle de su actividad, que frecuentemente sólo se añade con la vaguedad de una "misión especial" o "misión secreta" y que es el apoderamiento o recuperación de unos "planos" o "planes" de trascendental, pero inconcretado efecto. Esto basta para que la pasión se encienda y el interés de un público, que busca su evasión de lo cotidiano a lo maravilloso, se sostenga hasta el final de la novela o película, que es el fin buscado por el autor o guionista.

Este clima no está creado artificialmente. Las novelas y películas de "espías" no son sólo una fácil evasión individual a lo extraordinario; esta evasión es el paso a primer plano de las preocupaciones colectivas a las que individualmente sólo puede prestarse una atención secundaria. Raro es el día que la prensa no da la noticia de que en algún país se ha descubierto una red de espionaje. Se atribuyen los más sorprendentes cambios políticos, no a la lógica y oculta gestación de fuerzas sociales o de cambios de opinión, que inesperadamente afloran, sino a los manejos de agentes extranjeros que tienen interés en producirlos. Se atribuye, a veces con muchas probabilidades de certeza, tras de sensacionales descubrimientos en un país, el progreso científico de otro a que los agentes de éste captan los progresos en aquél realizados, mientras guardan celosamente los suyos. ¿Qué más es necesario para crear un clima de intranquilidad colectiva? El hombre cualquiera, el hombre de la calle, se cree amenazado por misteriosos peligros de los que otros hombres no menos misteriosos habrán de salvarle.

Esto es una realidad y revela la actualidad de la cuestión, que merece, fuera de toda imaginación y pasión, un estudio científico, una consideración jurídica, una investigación y exposición del delito de espionaje, del que yo sepa no se ha hecho en nuestro país, en el que sólo de pasada, como sobre ascuas, se dice algo de él por tratadistas y comentaristas al tratar del delito de traición, con sólo la honrosa excepción de una excelente exposición al llegar al vocablo correspondiente en una enciclopedia jurídica, pero en ella, por las limitaciones impuestas por la naturaleza de tal trabajo, no se llega a diferenciar la especie dentro del género a dis-

tinguir como delitos distintos el espionaje de la traición, en los delitos contra el Estado, aunque con la petición, única cosa que puede hacer el monografista, de su diferenciación (1).

II

HISTORIA

Bien es verdad que tal diferenciación no se ha producido en las legislaciones. Los antecedentes históricos como delito diferenciado de los demás son difíciles de rastrear y sólo por excepción se encuentra en las legislaciones pasadas algún precepto sancionador de lo que hoy se considera espionaje, aunque abundan hasta hacer imposible una exposición, que no resulte farragosa, de los delitos de que se ha de diferenciar.

A) En el *Ta Tsín Leu Le*, el Código de la dinastía de los Ming de la China remota en el tiempo y en el espacio (2), se establecía que cuando una persona posea los secretos de Estado, tales como el empleo de tropas y toda otra medida tomada por el Emperador o por el Comandante en Jefe para atacar o vencer por sorpresa a tropas extranjeras o insurgentes, si es traidor, dando a conocer estos secretos de Estado de forma que sean conocidos del enemigo o de los revoltosos, será destituido y sufrirá la prisión durante el tiempo ordinario (3), y que cuando una persona vende o divul

(1) Nos referimos al trabajo que RODRÍGUEZ DE VERA publica en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Española* al desarrollar la voz "Espionaje".

(2) Aunque dicho Código fué dado en 1647 por Sun Chèe, primer Emperador de la dinastía de los Ta Tsín, fué sólo una recopilación de las leyes de la dinastía Ming, que empezó a reinar en 1355. Las leyes penales fundamentales, el *Leu*, fueron dictadas por las dinastías anteriores, en orden inverso las *Yeung, Sung, Tung, Suwé, Tse, Tsín* y *Wee* sobre una recopilación o extracto hecho en tiempo de la dinastía Han, que empezó a reinar el año 206 antes de Jesucristo, de las leyes de las dinastías anteriores. Tal como llegó a nosotros en su traducción de STAUTON, si varió algo el *Le* o disposiciones administrativas, permaneció invariable el *Leu* desde su promulgación hasta que el triunfo de la revolución de 1912 destronó a los Ta Tsín, y con profundas modificaciones hasta que se dió el primer Código penal en China.

(3) El tiempo ordinario era hasta principio de otoño, en que todos los castigos corporales impuestos desde el otoño anterior se ejecutaban

ga de algún modo el contenido de los informes dirigidos al Emperador por los Generales de las tropas en términos que el enemigo adquiriera conocimiento de ellos, sufrirá cien golpes de bambú (4) y destierro de tres años, y que cuando en este caso como en el anterior obre por motivos perversos, sufrirá una pena más severa (5), castigando con diversas penas más leves, golpes de bambú o inhabilitación, las demás revelaciones de secreto de Estado, distinguiendo entre el primero que lo hiciese y los que lo extendieren, así como la violación del sobre sellado y la divulgación de los secretos de la Corte.

B) En la *Grecia clásica* se encuentran pocos antecedentes de este delito: sólo sabemos que en Atenas se castigaba como traición la entrega a un Estado extranjero de los planos de la ciudad (6).

C) En Roma, el envío de noticias al enemigo era una forma de la *proditio*, insidiosa hostilidad del romano contra Roma, que lo era del *perduellio* (*malum duellum, malum bellum*, guerra mala) abierta hostilidad del romano contra Roma, que lo era de la perfidia, falta a la fidelidad que el romano debía a Roma y a sus magistrados. Se consideraba como tal la forma insidiosa, tramada, de hacer la guerra a Roma, faltando a la fidelidad que sus ciudadanos le debían. Cuando en tiempo del Imperio todos los delitos que entonces existían contra lo que hoy llamamos seguridad del Estado, son absorbidos en el de *Lex maiestatis*, se castigaba como tal al que mandaba al enemigo mensajes o datos y al que revelaba la consigna: *Quire hostibus populi romani nuntium litterasque signumbe dederit federisque adversus republican* se lee en los textos y también *Exploratores qui secreta de re nuntiaverunt hostibus et capitia poenas sunt* (7).

en uno o varios días, sin duda para impresionar a la multitud que los presenciaba como un regocijo.

(4) Los golpes de bambú no eran golpeando con la caña, sino pinchando con la punta endurecida al fuego.

(5) La pena más grave que los golpes de bambú solo era la muerte, ya por la simple decapitación, ya de alguna de las cuatro horribles maneras (sic) que enumera: a golpes de bambú, quemado vivo, enterrado vivo salvo la cabeza, o comida la cabeza, que se metía en una jaula, por ratas hambrientas.

(6) ERMOCEN: Del 14 invenz., 12.

(7) Frag. 66, *De Re Militare*, XXIX.

D) Sólo puede imaginarse su consideración en la *Germania primitiva* deduciéndola de la vida social y de las ideas y sentimientos de aquellos pueblos caracterizados por la fidelidad al grupo y al jefe de la banda de guerra. Sólo queda referido a ellos la noticia que con elegante concisión nos da Tácito: *Proditores et transfugas arboribus suspendum* (8).

E) También ha de imaginarse la consideración que los hechos que hoy constituyen espionaje tenían en la *Europa feudal*, deduciéndola de la que tuvo la violación de la fidelidad al Rey o al Duque personificación del Estado, como un delito de infidelidad, como felonía y coexistiendo esta concepción germánica con la supervivencia de la cruel *Lex Quisquis* de ARCADIO y HONORIO, los últimos Emperadores de Occidente sobre la *lex maiestatis*.

F) En los *estatutos* y legislaciones particulares de las *ciudades italianas* ya empieza a destacarse este delito: el estatuto de Pisa castigaba como traidor al pisano que se conviniese con el extranjero o tuviese inteligencia con traidores o rebeldes (9); el de Milán castigaba con muerte al rebelde, y son castigados como tales los que tenían inteligencia con ellos o con el enemigo del Estado, mandando, recibiendo cartas o mensajes (10); en Florencia se conminaron diversas penas para los que tuvieran relación con los enemigos del Estado, pero éstos eran los miembros del partido vencido en la lucha de guelfos y gibelinos; es en Venecia donde este delito produce los mayores daños y es una preocupación constante que da lugar a la creación de tribunales especiales para averiguarlo y castigarlo (11), y en lo que pudiéramos

(8) *Aunali*, III, 22.

(9) *Statuto Criminalis Mediolani*. Bérgamo. Cap. CLXX.

(10) *Statuto Criminalis Mediolani*. Bérgamo. Cap. CLXVIII.

(11) Según MANZINI (tomo IV, página 168), en 15 de julio de 1310 se constituyó provisionalmente la Magistratura del Consejo de los Diez, de los inquisidores de propagadores de secretos, que fué restablecida en 1449 y toma la denominación de Tribunal de los Inquisidores de Estado hacia 1570 y dura ya hasta la caída del Estado veneciano. Estaba constituido por tres Magistrados, dos del Consejo de los Diez y uno del Dux. Las denuncias, si bien las secretas, no se procedía por ellas hasta que habían sido comprobadas, y las sentencias eran publicadas en el Consejo Mayor.

llamar sus anales judiciales, que aún se conservan, hay registrados casos de comisión y castigo de él (12).

G) En la *España medieval*, la diferenciación empieza a marcarse en Las Partidas, que lo considera como una de las formas de la traición que enumera... "la segunda manera es si alguno les vendia a los enemigos del Rey o del Reino carta o mandato, por que les apereiba de algunas cosas contra el Rey o dueño de la tierra... la sexta es si descubriese a los enemigos los secretos del Rey en daño de el" (13).

H) Esta diferenciación no vuelve a advertirse hasta bien avanzada la *Edad Moderna en las Ordenanzas Reales francesas*, que consideran delito de lesa majestad de primer grado, es decir, de los más graves: el hecho de recibir alguna carta o mensaje de cualquier príncipe o señor enemigo (14); el tener inteligencia, enviar o recibir cartas cifradas a príncipes extranjeros sobre cosas concernientes al Estado (15); el hecho de entrar en alguna asociación, inteligencia, participación o liga defensiva u ofensiva los príncipes y magnates o repúblicas en contra del Rey (16); y el hecho de recibir de príncipes extranjeros donativos, presentes, cartas o correspondencia (17).

I) En las *Ordenanzas que Carlos V de Alemania* (I de España) da para el Sacro Imperio Romano Germánico, ratificadas en la Dieta de Ratisbona en 1532, se establecía la pena de descuartizamiento para el que hubiese revelado al enemigo noticias o secretos útiles, entre las que se combinaban para el *perduccio* y la *proditio*, y, por tanto, sin diferenciar de ellos (18).

J) En las *Ordenanzas militares de Carlos III*, que han sido en

(12) Por vía de ejemplo: Cuasi, capturado por espía, murió en el tormento (Consejo de los Diez, número XXII); Canepa fué supliciado por haber mandado información al jefe de los húngaros en guerra con Venecia (Consejo de los Diez, número IX); Marcos Corner —aunque aquí se trata más bien de una abierta y frustrada traición— fué ahogado por entrar en relación con los hunos para entregarles Creta (Consejo de los Diez de 18 de septiembre de 1500).

(13) LI, tit. 2.º, P. VII.

(14) Art. 87 de la Ordenanza de 4 de julio de 1534.

(15) Arts. 7.º y 9.º de las *Ordenanzas de Carlos X de 1577*.

(16) Art. 183 de la Ordenanza de Blois.

(17) Art. 14 de Luis XIII.

(18) Cap. CXXIV, *Poená perduellonis suum proditionis*

España base de su legislación militar hasta época muy reciente y en ciertos aspectos aún siguen vigentes, se trata ya de los espías, y, si no los define, los describe y establece la pena de muerte en la horca para ellos, sin excepción de fuero, sexo o calidad (19).

III

El Código de Napoleón

Al estallar la revolución francesa se había llegado por la doctrina, sobre la interpretación de textos de ULPIANO (20), a una nueva consideración de los delitos de traición, examinando el género más alto del que se consideraba especie el *crimen maiestatis*, que se vió no se cometía sólo contra el Rey y sus representantes sólo por serlo, sino contra el Estado del que aquél era el representante, y empieza a hablarse de delitos contra el Estado y de delitos contra la seguridad del Estado (21); en FILANGIERI se diferencia contra la seguridad interior y exterior, y entre aquéllos, diferenciados el delito de traición y como un caso de éste el espionaje, como comunicación de secretos al enemigo.

Por esto, el Código penal francés de 1791 castigaba entre delitos contra la seguridad exterior del Estado la traición, y como tal, la comunicación de un secreto a potencia extranjera por un funcionario público, relativo a un negocio político, expedición u

(19) Art. 18. "Para precaver la introducción en un campo de persona que dé recelo de espía, manda el Rey que todo aquel que por su traje, furtamento o respuestas que diere a las preguntas que se le hagan, pareciere sospechoso al prevoste o sus subalternos, que deben rondar, le mande seguir por algunos soldados y arrestarle siempre que los pasos que diere motiven desconfianza."

(20) "Maiestatis crimen illud est quod adversus populum romanum vel securitatem eius committitur" (Fr. I, Dig. ad leg. sul maiestatis ..., XXXVIII).

(21) MATEO, de la escuela de BARROLO, emplea ya el término seguridad, aunque en el sentido de la que se debía al que tenía un salvoconducto del Magistrado (*De criminibus*, lib. XLVIII, III, 2.º, *De lexa maiestate*). Otros de la misma escuela entendieron por seguridad la paz pública, la tranquilidad pública, como efecto de la protección estatal, como se había conocido en tiempo de Trajano.

operación militar o de planos o fortalezas, arsenales, puentes o radas (arts. 6.º y 7.º), y olvidando la ley de sospechosos de la Convención que había sido la pesadilla de Francia (22): el Código de 1795 repitió sustancialmente en esta materia los principios del Código anterior.

Con estos antecedentes inmediatos se forma el Código de Napoleón de 1810, que dedica el título I del libro II a los delitos contra la cosa pública, y dentro de este título el capítulo X a los delitos contra la seguridad del Estado, cuya primera sección comprende los contra la seguridad exterior y en ella sin subrúbrica, subdivisión o subepígrafe que lo diferencie, desde el francés que tome las armas contra Francia (art. 75) al que con un acto no autorizado por el Gobierno exponga a los franceses a represalia (art. 85), y de uno a otro están descritos tipos de traición sin comunicación de secretos, como el de entenderse con potencias extranjeras o sus agentes para provocar una declaración de guerra a Francia (art. 76), o para facilitar la entrada en Francia de un ejército enemigo o entregarle plazas, armas, bastimentos, etc. (artículo 77) y la comunicación de noticias a enemigos o extranjeros, sobre la situación militar o política de Francia (art. 78), o de una negociación o expedición (art. 80), o plazas de carácter militar (artículos 81 y 82), el encubrimiento u ocultación de espías o soldados enemigos en servicio de descubierta (art. 83), y el provocar, con actos no autorizados, la declaración de guerra a Francia (artículo 84).

Como este modelo influye directamente a los Códigos europeos, a los españoles entre ellos, y directamente o a través de los españoles a los hispanoamericanos, la indiferenciación de este delito de

(22) Se ha llamado así a la de 29 de mayo de 1793, que creaba un Tribunal revolucionario para aplicar la pena de muerte a los "enemigos del pueblo", considerando como tales: "a los comandantes de plaza y ejércitos que de acuerdo con los enemigos intenten que falten aprovisionamientos a las tropas o a París; a los que con el mismo acuerdo traten de salvar a los conspiradores, a los aristócratas y a los calumniadores de los "patriotas"; a los que intenten la desmoralización de éstos; a los que para favorecer a los enemigos traten de corromper las costumbres o la pureza de los principios revolucionarios, y a los que circulen noticias falsas para dividir a los franceses."

los afines es característica común, y sobre esta casi unanimidad legislativa es escasa la doctrina que se elabora y confusos los comentarios que tratan de explicarla.

IV

LA MULTIPLICIDAD LEGISLATIVA

AL LA LEY PENAL DE CÓDIGOS.—Por si fuese poco, en la propia Francia no se creyó bastante esta sanción, y al darse el Código de Justicia Militar para el Ejército de Tierra en 1857 se vuelven a tipificar estos delitos bajo la rúbrica "traición, espionaje y reclutamiento (embauchage) de tropas", que es la del capítulo I del título II "De los crímenes, delitos y su sanción" de su libro IV, rubricado también "De los crímenes, de los delitos y de las penas", y sin más diferenciación se comprende en este capítulo actos de traición, como el hacer armas contra Francia (art. 204), actos de ayuda o suministro de noticias o informes (núms. 1.º y 2.º del artículo 205) y de derrotismo (núms. 3.º y 4.º del art. 205), para después de decir que son espías, señalando la pena de muerte para ellos, los que entren en una plaza o establecimiento militar, para procurarse documentos o informes para el enemigo, los que procuren al enemigo documentos o noticias capaces de perjudicar al ejército o a su seguridad, y los que protejan o escondan a los espías (art. 206); para terminar con la sanción de los que recluten tropas para enemigos o rebeldes, o induzcan a las propias a sumarse a ellas (art. 208).

Aún más, el Código penal de la Marina de Guerra, dado un año después (4 de julio de 1858), repite la rúbrica y los tipos del Código penal del Ejército de Tierra, aunque referidos a los marineros de guerra y embarcados en naves de guerra (arts. 262 a 268 inclusive).

Estos Códigos ejercen también influencia sobre los Códigos penales militares que se dan en diversos países de Europa, y si llegan tarde a influenciar nuestro Código penal de 1870, que en este aspecto no varía en sus sucesivos avatares, llegan a tiempo de ejercer influencia sobre las Leyes Penales Militares de nuestra Patria.

B) LOS REGLAMENTOS DE CAMPAÑA.—Además, los reglamentos de campaña han de tratar de esta materia dirigiéndose, sobre todo, a diferenciar los exploradores, vigías o serviolas de los espías. El más antiguo, que yo sepa, las Instrucciones para el Ejército de los Estados Unidos de América de 1863, parece encontrarlo en el empleo o no de disfraz o del uniforme del ejército que se espía por el militar (23), criterio que influencia a los que se dan después en los diversos países.

El de nuestro Ejército, aprobado por Ley de 5 de enero de 1872, dedica a esta materia su capítulo XXVII, bajo la rúbrica "Nociones del derecho de gentes y leyes de Guerra", que sienta los siguientes principios básicos que adelantamos: el espionaje para que sea lícito se precisa que esté exento de la perfidia que destruye toda confianza y debe reservarse para los casos de necesidad absoluta (art. 895); el oficio nada tiene de infame, fuera de los casos en que el espía sirve al enemigo contra la causa de su propio país, traición que se castiga con la muerte, o de que preste sus servicios por dinero (párr. 2.º del art. 896), no se debe confundir el espionaje con el servicio puramente militar de reconocimiento (párr. 3.º del art. 896).

C) LOS CONVENIOS INTERNACIONALES (24).—Al tratar de unificar y codificar el Derecho de la Guerra, esta difícil cuestión había de ocupar la atención de las reuniones internacionales para lograrlo, y aunque la Conferencia Internacional de Bruselas de 1874 no logró su propósito de llegar a esta codificación, sí llegó a acuerdos que sirvieron de base a la primera Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, que ya define que "espía es el individuo que obrando clandestinamente o con falsos pretextos, recoge o trata de recoger informaciones en lugares ocupados por el enemigo, con intención de comunicarlas a la parte contraria" (art. 19), que ya sirve de base al reglamento que sale de la segunda con-

(23) Los exploradores y soldados aislados que, vestidos con trajes de los habitantes del país, o bajo los uniformes del ejército enemigo, están encargados de adquirir noticias sobre la importancia de éste, serán tratados como espías y condenados a muerte cuando sean sorprendidos observando alrededor del ejército que los capture.

(24) Sirven de base a la redacción de este epígrafe los datos facilitados por RODRÍGUEZ DE VESPA al redactar la voz de "Espionaje" para la *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*.

ferencia internacional, también de La Haya, de 1907, no ratificado por España (25).

D) **LAS LEYES ESPECIALES.**—Por sí fuera poco, en determinadas circunstancias no se cree bastante el arsenal legislativo existente, y se dictan leyes especiales que crean nuevos tipos o agravan los existentes, como la Ley Francesa de 18 de abril de 1886 (26), que sirvió de antecedente a las de 26 de agosto de 1889 y 26 de enero de 1934 (27).

(25) El *Manual de las leyes de guerra terrestre*, publicado en 1890 por el Instituto de Derecho Internacional de Oxford, excluye a los espías del trato de prisioneros de guerra (art. 23); pero no considera tal al que perteneciendo a un ejército penetra en el territorio ocupado por el contrario sin disfraz alguno, ni a los mensajeros que cumplen abiertamente su función, ni a los aeronautas (art. 20), y establece una curiosa causa de prescripción al decir "que el espía que consigue salir del territorio ocupado por el enemigo, no incurre, si cae de nuevo en poder de este, en ninguna responsabilidad por sus actos anteriores" (artículo 24).

(26) En ella se castigan con penas que no exceden de cinco años de prisión y multa que no excede de 5.000 francos diversos supuestos de entrega a persona no autorizada (*qualifié*) de planos, escritos, documentos, etc., referentes a la defensa del territorio o a la seguridad del Estado (art. 1.º); el procurarse dichos planos, o documentos, o su divulgación (arts. 2.º y 3.º); la negligencia del encargado de su custodia que permite su sustracción o destrucción (art. 4.º); la introducción disimulando su estado, condición o nacionalidad, en establecimientos militares y el levantamiento de planos de los mismos por el que se disfraza para ello (artículo 5.º); el sacar fotografías a menos de diez kilómetros de establecimiento militar o marítimo sin autorización para realizarlo (art. 6.º); el pasar las barreras o escalar los muros de establecimientos militares (artículo 7.º).

Castigaba la tentativa con la pena de la consumación (art. 8.º); extendía los límites de la complicidad (art. 9.º); castigaba la omisión de denuncia (art. 10), y establecía la competencia de los tribunales correccionales para conocer de estos delitos, salvo para los militares, marinos y asimilados, que quedaban sujetos a la suya especial y habían de ser castigados con las penas establecidas en los Códigos de Justicia Militar del Ejército y de la Marina.

(27) No tuvo este carácter la ley española de 26 de julio de 1935, por haberse limitado a dar una nueva redacción en esta materia el Código de Justicia Militar; pero sí lo tuvo la ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, hasta la promulgación del vigente Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, que recogió los tipos en ella creados, y aun en términos generales puede estimarse subsistente en

V

LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES YA HISTÓRICOS

La duplicidad legislativa existente en nuestro país, a que ya hemos aludido; la doble regulación de este y de estos delitos en un Código penal común u ordinario y en las leyes penales de los ejércitos, desconociéndose unos y otros, vueltos de espaldas, como las dos caras de Jano, que pueden verlo todo menos la una a la otra, sin influirse entre sí, salvo cuando se entremezclan las fechas de los retoques que las leyes primitivas de cada esfera sufren (28), obligan a un recuento por separado.

A) LOS CÓDIGOS PENALES COMUNES U ORDINARIOS.—a) *El Código penal de 1822* no separa, no ya el espionaje de la traición, sino la traición de los demás delitos afines que agrupa todos en el capítulo I dedicado a "los que comprometen la existencia de la Nación o exponen al Estado a los ataques de una potencia extranjera", del título II dedicado a los delitos contra la seguridad del Estado, capítulo que empieza con una conminación especial para los prófugos (29) y termina con la fijación de pena para los que cometiesen hostilidades contra los súbditos de una potencia extranjera aliada o neutral, exponiendo a España por esta causa a sufrir una declaración de guerra (30). Son en él delitos de espionaje el del art. 257 (31), y mejor delimitado el del 256 (32).

algunas materias, por declaración expresa del Código penal ordinario, hasta que fué expresamente derogada por la ley para la represión del delito de bandidaje y terrorismo de 18 de abril de 1947.

(28) Es excepción el Código penal de 1928, que aceptó la influencia de las leyes penales militares vigentes a su promulgación, pero fué exiguo el tiempo de su vigencia y escasa su influencia.

(29) Art. 249.

(30) Art. 258.

(31) Art. 257: "Cualquier funcionario público que estando encargado por razón de su oficio del depósito de planos o diseños de fortificaciones, puertos o arsenales, entregare a sabiendas alguno a los agentes de una potencia extranjera, aunque sea neutral o aliada... será declarado infame y condenado a la deportación. Cualquier otra persona no encargada por razón de su oficio de dichos planos o diseños... que por soborno, se-

b) *El Código penal del 1848-50* distingue entre los delitos que agrupa su título II de su libro II, bajo la rúbrica de *contra la seguridad exterior del Estado*, los de *traición* (33), los “que comprometen la paz y la independencia del Estado” (34) y los “contra el derecho de gentes” (35), teniendo entre aquéllos dos preceptos, uno de *abierta entrega al enemigo de planos, documentos o noticias que conduzcan directamente a hostilizar a España* (36), que por la ausencia de *petición de medio péfido para lograrlo* y por su colocación no puede decirse que sea *espionaje*, y otro de *comunicación al enemigo de documentos o negociaciones en que este medio de adquisición pueda darse* (37), y aún contiene entre los delitos que comprometen la paz y la independencia del Estado un precepto (38) castigando la *comunicación con territorio enemigo u ocupado por él, que puede constituirlo y que transcrito de Código en Código es el art. 134 del vigente.*

c) *Los Códigos penales de 1870-1932* sostienen la diferenciación de delitos contra la seguridad exterior del Estado y contienen los tipos de *entrega de planos y noticias* (39), que han de transcribirse sin alteración en el núm. 4.º del art. 122 del vigente

ducción, fraude o violencia, lograre sustraer o descubrir alguno de ellos, e incurriese en el propio delito, será también infame y sufrirá la pena de diez a veinte años de obras públicas.”

(32) Art. 256: “Los que sirvieren de espías a los enemigos de España o de sus aliados sufrirán la pena de muerte, y si los reos fueren españoles o estuvieren al servicio de España, aunque sin carta de naturaleza, serán considerados como traidores. Iguales penas sufrirán respectivamente los que acogieren, ocultaren, protegieren o auxiliaren voluntariamente a los espías del enemigo sabiendo que lo son.”

(33) Cap. I.

(34) Cap. II.

(35) Cap. III.

(36) Núm. 3.º del art. 142.

(37) Art. 144: “El que comunicare o revelare directa o indirectamente al enemigo documentos o negociaciones reservadas de que tuviese noticia por razón de su oficio, o por algún medio reprobado, incurrirá en la pena de cadena temporal en su grado máximo a la de muerte. Si hubiere adquirido los documentos o las noticias de las negociaciones por otro medio, será castigado con la pena de presidio menor, a no ser que la revelación o comunicación se halle comprendida en el núm. 3.º del artículo 142.”

(38) Art. 152.

(39) Núm. 4.º de los arts. 133 y 125, respectivamente.

te, y la comunicación con territorio enemigo u ocupado por él (40) que ha de transcribir el vigente en su art. 134, también entre los delitos que comprometen la paz y la independencia del Estado y la fórmula de traición impropia (41), que han de dar origen a los 124 y 125 del vigente.

d) *El Código penal de 1928*, con mejor sistematización y rubricación, comprende en su capítulo I "Delitos contra la Patria" de su título I, "Delitos contra la seguridad exterior del Estado", la abierta entrega de planos y noticias al enemigo (42), la forma de traición impropia (43) y la comunicación con territorio enemigo u ocupado por él (44) de sus antecesores, y además, sin referirlos al español, formas más próximas al espionaje, como la revelación de secretos (45), publicación de documentos referentes a la defensa nacional (46) y los claros tipos de él también, sin pedir la condición de español, para el autor del levantamiento de planos, obtención de fotografías, etc., de lugares de interés militar o relativos a la defensa nacional (47) y la ilícita introducción en dichos lugares (48), procedentes de las leyes militares, cuyo influjo ya hemos dicho recibe.

B) LOS CÓDIGOS PENALES MILITARES.—a) *El Código penal para el Ejército de Tierra de 1884*, primero en España, está inspirado, como observa MUGA LÓPEZ, en las Ordenanzas de Carlos III, que a su vez lo estuvieron, como resalta FELÍU DE LA PEÑA, en el Fuero Juzgo. Quizá por esta influencia son los Códigos españoles de este orden los primeros que diferencian el delito de espionaje de los a fines, cuya diferenciación pasa al vigente, dedicándole, como él, el capítulo II (el I lo es a la traición, y el III, a los delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo) del título que aquél rubricaba como delitos contra la seguridad del Estado, y el vigente, contra la seguridad de la Patria.

(40) Arts. 151 del de 1870 y 138 del de 1932.

(41) Arts. 140 y 141 del de 1870 y 127 y 128 del de 1932.

(42) Núm. 4.º del art. 217.

(43) Arts. 218 y 219.

(44) Art. 225.

(45) Art. 220.

(46) Art. 221.

(47) Art. 222.

(48) Art. 223.

b) *El Código de Justicia Militar de 1890* repite la fórmula de su inmediato anterior y comprendía en el capítulo dedicado al espionaje el que subrepticamente o con disfraz se introdujese sin objeto justificado en las plazas de guerra o puestos militares, o entre las tropas que operan en campaña (49); al que en tiempo de guerra, sin la competente autorización, practicare reconocimientos, levantare planos o sacare croquis de las plazas, puestos militares, sea cualquiera la forma en que lo ejecute (50); el que condujere comunicaciones, pliegos o partes del enemigo, no siendo obligado a ello, o caso de serlo no los entregare a las autoridades o jefes del Ejército nacional al encontrarse en lugar seguro, o los ocultare para que no le sean ocupados (51); y el que dejare de llevar a su destino, pudiendo hacerlo, los pliegos que se le confien sobre operaciones de guerra (52).

Entre los agrupados como de traición: el mantener directa o indirectamente relaciones con el enemigo sobre las operaciones de guerra (53), facilitársele por un militar el santo, seña y contraseña, plano, estado de fuerza u otros datos o noticias que puedan favorecer sus operaciones o perjudicar las del Ejército nacional (54); actos del llamado sabotaje (55) y del llamado posteriormente derrotismo (56).

c) *El Código penal de la Marina de guerra de 1888* describe como espionaje los mismos tipos que el del Ejército de 1884 con una adaptación evidente a la Marina (57), y además, como tipo autónomo, proteger a sabiendas, directa o indirectamente, a los espías o a los enemigos enviados a cualquier exploración, así como encubrirlos u ocultarlos (58); repite con la adaptación mencionada los tipos de traición señalados del Código de Justicia Mili-

(49) Núm. 1.º de los arts. 101 y del 228, respectivamente.

(50) Núm. 2.º de los arts. 101 y 128, respectivamente.

(51) Núm. 3.º de los arts. 101 y del 228, respectivamente.

(52) Arts. 102 y 229, respectivamente.

(53) Núms. 7.º del art. 94 y 2.º del 222, respectivamente.

(54) Núm. 1.º de los arts. 95 y del 223, respectivamente.

(55) Núms. 4.º y 5.º de los arts. 95 y 223, respectivamente, y 1.º del 97 y del 224 de dichos Códigos.

(56) Núm. 2.º de los arts. 97 y 224 de dichos Códigos.

(57) Núms. 1.º, 2.º, 4.º y 5.º de los arts. 123 y 124.

(58) Núm. 3.º del art. 123.

tar (59) y añade el destruir en campaña las armas o provisiones (60) o los medios de defensa (61). prestarse a dirigir embarcación enemiga (62) o indicarse por el práctico dirección distinta de la que se debe seguir.

VI

NATURALEZA

Hemos visto por el examen de la legislación, ya histórica, que pudo influir e influyó en la vigente española, que la confusión e indeterminación del delito de espionaje perdura en ella. Sólo se ha conseguido tratar de diferenciarlo del delito de traición en los Códigos penales militares; pero el logro sólo ha llegado a darle un capítulo en el que no puede decirse, como después veremos, que son delitos de espionaje todos los comprendidos en él, ni que no hay en dichos cuerpos legales más delito de esta clase que los en dicho capítulo comprendidos. Es decir, que la confusión e indeterminación perduraban en la época en que se promulgaron los Códigos españoles vigentes, tanto el común como el de Justicia Militar.

Ello es así porque la codificación sobrevino sin que se hubiese elaborado sobre estos delitos, a diferencia de lo que había ocurrido con los demás, una doctrina que la codificación articulase. Sólo estaba preparado el terreno para sustituir el título de lesa majestad por el de contra la seguridad del Estado, que fué en este terreno el avance que realizó. Luego en los Códigos posteriores, no se hizo más que sobre los entremezclados tipos de traición procedentes de la legislación anterior, ir acumulando otros nuevos que surgían de las circunstancias de cada momento y que llegaban a los Códigos por el camino de las leyes especiales de urgencia en que aparecían.

A replantear esta doctrina o al menos a llamar la atención

(59) Núms. 8.º del art. 116; 1.º, 3.º y 14 de los arts. 117 y 118, y 1.º del 119.

(60) Núm. 5.º del art. 117.

(61) Núm. 6.º del art. 117.

(62) Art. 118.

sobre su falta tiende este trabajo. Para tal intento hay que volver a las fuentes romanas, de ellas a la codificación, ya hemos visto, se avanzó bien poco en este camino, sólo se observa una aportación de casos que trataron de ser lo que hoy llamamos tipos de delito que engendraron en los preludios de la codificación, la confusión que hemos observado en una materia que empezaba a clarificarse en el Derecho romano.

Hemos visto que Roma, un pueblo que todo lo fiaba a las armas y por ellas se engrandeció, vió una especie de guerra reprochable, de guerra mala, el *perduclio*, en el que se comprendía la *traditio*, entrega de algo que se debía defender, y la perfidia, falta de fe, el faltar a la fe prometida, el simular una fidelidad para faltar a ella, la forma pérfida por insidiosa de hacer la guerra diciéndose amigo de Roma para favorecer a sus enemigos, y la mejor manera de hacerlo era enviarle noticias militares, que es perdurablemente el tipo central del espionaje. El enemigo abierto, que abiertamente se procuraba la información que necesitaba, era un explorador u observador que hacía la guerra buena, por lo que el romano no le tenía animadversión. También hemos visto que en la Europa feudal hay algo como la distinción entre guerra buena y guerra mala, pero ésta es la falta de fidelidad al Rey o al jefe del Ejército.

Arraucando del concepto de guerra mala de los romanos, polarizado por el de felonía medieval, se puede llegar a la diferenciación de espionaje y traición. Aquél está caracterizado por la insidia o asechanza que ha de referirse, al medio de adquirir lo que se entrega o la noticia que se comunica, o al modo de entregarse o comunicarse, no al combate abierto, ni a la entrega abierta de lo que abiertamente se poseyó, que es lícito para el que no está ligado con fidelidad alguna al Ejército o al Estado perjudicado con ello; el medio insidioso, encubierto, de favorecer a un enemigo entregándole encubierta e insidiosamente lo que por tal modo se consigue, casi siempre secreto, es espionaje, que no está caracterizado por la acción, sino por el medio; cuando este espionaje lo realiza el nacional contra su propia Patria, su propio Ejército o su propio Estado se añade la insidia a la falta de fe jurada y debida, la felonía y entonces es traición (63)

(63) Históricamente la mayor gravedad de la traición ha borrado, me-

Otra diferenciación en su forma pura es que la entrega o comunicación sea de algún secreto originariamente militar. Tan característico se ha considerado este elemento, que RODRÍGUEZ DE VESA, siguiendo a AHPER, LISZ, VAN CALKER y GUTMANN, lo ha considerado tan esencial que ve en el espionaje una forma del delito de revelación de secreto, la que perjudica o afecta a la defensa de la nación, en su concepción militar a la defensa armada. Pero aunque casi siempre sea un secreto puede no serlo, sino sólo una noticia reservada (64), poco conocida o de difícil conocimiento en el país donde se espía y desconocida en aquel en cuyo favor se ejerce el espionaje, o en comunicar anticipadamente una noticia, como el descubrimiento de un arma que el enemigo ha de conocer cuando se emplee, pero que comunicada anticipadamente puede dar tiempo a preparar la contra arma, o las consecuencias en valoración bélica o política de un acto conocido, como comunicar al enemigo que el estado de postración producido por una derrota o acontecimiento es tal que un nuevo ataque o su simulación ocasionaría una rendición o la petición de paz a cualquier precio.

Casi abandonado el problema a las leyes especiales dadas en tiempo o temor de guerra o a las leyes militares, la guerra mala, la manera insidiosa de hacerla sólo se ha sancionado detalladamente en los cuerpos legales el aspecto puramente militar. Pero la transformación continua del mundo, el adelanto de los medios técnicos, el empleo de medios no militares que influyen en la victoria o derrota, la aparición de la guerra total y lo que se ha dado en llamar la guerra fría, la continua actualidad de lo que se ha llamado la guerra revolucionaria, han, si no impuesto si generalizado otros medios insidiosos de combate: la introducción y difusión del desaliento en las líneas enemigas, el promover tras sus líneas de

por absorbido, el espionaje cuando el nacional espía para el enemigo, pero esta mayor gravedad del espionaje del traidor no debe enturbiar el concepto. Este gana claridad sosteniendo en la doctrina y en la legislación la diferenciación y autonomía del delito de espionaje, sin perjuicio de que al llegar en ésta a la conminación de penas se remita a la señalada para la traición cuando se realice por el nacional contra su Estado. El sistema propuesto es el contrario al seguido por el Código penal ordinario para la traición.

(64) MANZINI, tomo IV, 861, pág. 169.

combate el recelo y desconfianza de unos en otros, la sublevación, la construcción desde dentro de los medios de combate, etc., entre los que el espionaje, en su figura clásica, no es más que uno de esos medios, aunque en la generación y empleo de los demás medios insidiosos el agente enemigo ocupe un papel central y se le comprenda con la denominación de espía.

Dicho esto, podemos decir que el espionaje es uno de los medios insidiosos de hacer o preparar la guerra, consistente en apoderarse por dicho medio o de comunicar por él noticias, informes o documentos que los contengan, que sean desconocidos por el enemigo o más enfocado al campo penal, el apoderamiento, entrega o comunicación, con el fin de influir en una guerra empezada o en preparación, de noticias, informes o documentos que los contengan, desconocidos por la parte a que se entregan. Si se tiene de él un concepto más amplio que comprenda todos los *medios insidiosos de combatir había de intercalarse, el ejecutar, o inducir, o provocar insidiosamente actos dirigidos al mismo fin (65).*

VII

SU TIPIFICACIÓN EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Es obligado en esta clase de trabajos, aunque no sea su fin primordial, estudiar el reflejo de la doctrina expuesta en la legislación vigente, o hacer una exposición de ésta, por sucinta que sea, a través de aquélla, aunque sólo se utilice por vía de ejemplo.

En el análisis de la nuestra tenemos que realizarlo conjugando las dos leyes vigentes en la materia, el Código penal ordinario y el Código de Justicia Militar, ya que, por fortuna, los tipos que

(65) Se puede objetar a esta definición que el medio insidioso al envolver la petición de dolo excluye de ella la forma culposa: pero esto en nuestro sistema penal no es objeción cuando se ha extendido el concepto de culpa a otros delitos en que el dolo se pedía en el tipo y *de lege ferenda* podría salvarse la dificultad de interpretación describiendo el delito como genérico, del que por su imprudencia o negligencia favoreciese el espionaje, con lo que se comprendería en ella la culpa referida al mismo en sentido estricto, y a las figuras de derrotismo, bulismo o sabotaje si se consideraban comprendidas en él.

la ley de seguridad del Estado han sido absorbidos, en lo que al delito de espionaje en sentido práctico se refiere, por la ley penal castrense, y posteriormente, como hemos dicho, ha sido derogada aquella ley. Lo vamos a realizar reconociendo esta realidad legislativa y sobre ella en un intento de unidad, que es el fin concreto de la exposición, que la simplifique, haciendo ver que si este Jano legislativo tiene dos caras son reflejo de un mismo cerebro que sirve a un mismo cuerpo.

AL LA PREVIA DIFERENCIACIÓN DE LOS DELITOS AFINES.—Si en los delitos que delimitan o reprimen la guerra mala separamos los clásicos de traición, esto es, la lesa hostilidad del español contra España, progresión del clásico *perduellio* romano, del art. 120 del C. P. O. (66) y núm. 2.º del art. 258 del C. J. M., de inducir a una potencia extranjera o concertarse con ella para el mismo fin, y las formas culposas de los artículos 127 y 128 y aun del 131 del C. P. O.; el del núm. 3.º del art. 121 del C. P. O., núm. 11 del 258 y 3.º del 259 del C. J. M., de reclutar gente para hacer la guerra a España, y el de reclutamiento de gente para el servicio de una potencia que no sea para que tome las armas contra España; del núm. 2.º del art. 122 del C. P. O. y 1.º del 259 del C. J. M.; el más claro de tomar las armas contra España, del núm. 1.º del artículo 122 del C. P. O., de los núms. 1.º y 9.º de los arts. 258 y 259 del C. J. M.; el del núm. 3.º del art. 122 del C. P. O. y número 10 del art. 258, de suministrar enemigos, sediciosos o separatistas, banderas, armas, caudales para hacer la guerra a España reduciríamos grandemente el campo de nuestro estudio.

Para reducirlo más habrán ahora de examinarse los preceptos que describen actos, que si no puede decirse no sean de abierta hostilidad contra España, sino que esta hostilidad se manifiesta tras de una conducta o preparación insidiosa, no son, sin embargo, *actos de espionaje en sentido estricto*, como los delitos descritos en el núm. 1.º del art. 121 del C. P. O. y 5.º y 6.º del 258 del C. J. M., de entrega al enemigo de plaza, puesto militar, buque, etc., sea o no para facilitarle la entrada en España, y el del 2.º del art. 121 del C. P. O. y núm. 10 del art. 258 del C. J. M., de seducir tropa

(66) Emplearemos en lo sucesivo las abreviaturas C. P. O. para designar el Código penal ordinario, y C. J. M. para citar el Código de Justicia Militar.

española o que se halle al servicio de España, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas, imposible de concebir e imaginar sean realizables por quien no tenga acuerdo previo con el enemigo, y mando civil o militar en el país a que traicionare.

Aún pueden separarse los que podían agruparse como el derrotismo, de los núms. 7.º, 13 y 14 del art. 258 del C. J. M.; promover desórdenes o ejercer coacciones o realizar otros actos que obliguen la rendición de la plaza sitiada o bloqueada, arríe o mande arriar la bandera de un buque durante el combate sin orden del jefe, y el núm. 5.º del artículo 122 del C. P. O., y 11 del 259 del C. J. M., de impedir llegue a fuerzas nacionales el auxilio esperado; el núm. 7.º del art. 259 del C. J. M., de falsificar documentos o hacer uso de los falsificados con el fin de perjudicar o perturbar las operaciones de guerra o provocar la entrega de plaza, buque o establecimiento militar, y los de derrotismo por bulismo del art. 132 del C. P. O., y núm. 1.º del art. 260 y 264 del C. J. M., de propalar noticias que puedan perjudicar el crédito del Estado, produzcan pánico en las tropas o depresión en el ánimo público.

Otra eliminación había de ser la de los actos o conductas que sin que sean propiamente traición, por no pedirse en su tipificación la intención de influir directamente en las operaciones del ejército propio, ni la connivencia con el enemigo, se tipifican como traición por el daño que, sin embargo, producen en dichas operaciones y que pueden ser generados por el ánimo de lucro, como el delito del núm. 6.º del art. 259 del C. J. M., de malversar caudales e efectos del Ejército en campaña, o su suministro defectuoso, y los del núm. 9.º del art. 259 del C. J. M. de informar falsa y maliciosamente a sus jefes sobre operaciones de guerra, y 2.º del artículo 260 de dicho cuerpo legal, del guía o práctico que en operaciones de guerra desvíe intencionadamente a las tropas o buques del camino que se le ordenó condujera, que pueden estar generados por el deseo de comodidad, de retrasar o evitar operaciones de guerra en que ha de tomar parte o por el de encubrir errores propios anteriores que el informe rendido, de ser verdadero, había de descubrir.

Aún quedan delitos comprendidos en la misma rúbrica general de difícil clasificación, pero que desde luego no son de espionaje,

aunque puedan considerarse como actos y conductas de la guerra mala, como el del número 4.º del art. 258, de enajenar indebidamente o extraer ilegítimamente del territorio patrio el tesoro nacional, nacido de la experiencia de nuestra Cruzada, y el del núm. 5.º del art. 259, también del C. J. M., de causar ilícitamente, con ánimo de lucro, un grave daño en la economía de la Patria, que bien pueden considerarse de traición económica, dolosa y culposa, aunque no se pida en el tipo que se hagan en beneficio de una nación extranjera, ni para ayudar a un enemigo abierto o potencial.

También los tendentes a describir lo que han llamado de traición impropia, actos del extranjero cometidos contra España, considerados como traición, del art. 124 del C. P. O. y del art. 270 del C. J. M., y de los del español que los cometiese contra una potencia aliada de España, y en campaña, contra un enemigo común, del art. 125 del C. P. O. y 261 del C. J. M.; el de omisión del deber de denunciar la preparación de la traición referida al militar, del art. 267 del C. J. M., y el de faltar el prisionero de guerra a la palabra empeñada de no hacer armas contra España, del artículo 271 del C. J. M.

Por último hemos de hacernos cargo para eliminarlos de nuestro estudio de la excusa absolutoria y de las reglas para la punición de la conspiración y proposición para cometer la traición de los arts. 268 y 269 del C. J. M. y aun del ultraje a la Nación, al sentimiento de su unidad y a sus símbolos, banderas o emblemas, del art. 123 del C. P. O. de tan extraña colocación.

B) LA CASUÍSTICA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.—Quedan así como delitos de espionaje ya diferenciados:

a) *Los de espionaje propiamente dichos*.—Del núm. 4.º del artículo 121 del C. P. O., de suministrar al enemigo planos de fortalezas o de terrenos, documentos o noticias que conduzcan al fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas y su correlativo el núm. 2.º del art. 259 del C. J. M., de facilitar al enemigo con el mismo fin el santo, seña o contraseña, planos, órdenes recibidas, estados de fuerza u otros datos o noticias. El del art. 129 del C. P. O., de mantener inteligencia o relación de cualquier género con gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos u organismos o asociaciones internacionales y extranjeras, con el fin de comprometer la dignidad y los intereses

de España, y su correlativo del art. 274 del C. J. M., de sostener dicha inteligencia para facilitar datos o noticias, que aun no siendo reservados ni militares, puedan referirse a la defensa nacional, y el de proporcionar dichos datos y noticias; y los de los cinco casos del art. 272 del C. J. M. sin correlativo alguno en el C. P. O.

b) *Los de espionaje culposo.*—Del núm. 6.º del artículo 122 del C. P. O., de revelar secretos políticos y militares o de otro género que interesen a la seguridad del Estado, y procurarse dichos secretos u obtener su revelación y su correlativo del art. 262 del C. J. M. descrito, como un delito de peligro al pedirse para su existencia que hubiese posibilidad de perjuicio para la Patria. El del núm. 9.º del art. 258 del C. J. M., de mantener relaciones con el enemigo sobre operaciones de guerra; y el del art. 275 de este cuerpo legal, de descuido o negligencia, en el que tuviese en su poder o conociese por razón de su cargo documentos o datos reservados que dé lugar a que lleguen a mano de persona no autorizada, sean reproducidos, divulgados o publicados.

c) *Actos o conductas peligrosas respecto al espionaje.*—La descrita en el art. 134 del C. P. O., de sostener correspondencia en tiempo de guerra con país enemigo u ocupado por sus tropas y su correlativo del art. 265 del C. J. M., y la tentativa para pasar a país enemigo cuando lo hubiese prohibido el Gobierno. Del artículo 135 del C. P. O. y su correlativo del art. 266 y núm. 12 del art. 258 del C. J. M.

d) *Sospecha de espionaje.*—No es otra cosa el delito previsto en el art. 276 del C. J. M. de poseer sin autorización objetos, documentos o datos relativos a la defensa nacional.

e) *Prestación de auxilio a los espías.*—Establecido en el párrafo 1.º del art. 275 del C. J. M. como delito autónomo para el que a sabiendas proteja, oculte o de otro modo auxilie a los espías.

Aún hemos de recoger lo que se suele llamar espionaje impropio o realizado por extranjeros contra España o por españoles contra potencia aliada de España que se encuentre en campaña contra un enemigo común de los arts. 124 y 125 del C. P. O. y el cometido en España en tiempo de paz en beneficio de una nación beligerante del art. 277 del C. P. O.

También se establece, aunque sólo en la Ley Penal Militar, una excusa absolutoria para los que comprometidos para realizar el delito de espionaje lo descubrieren antes de consumarse, y a juicio de

los tribunales, cuando denunciado después de consumarse y antes de haberse iniciado la diligencia para su persecución y como consecuencia de la denuncia, se lograra evitar todos o algunos de los efectos del delito, conseguir la detención de los culpables o el descubrimiento de los delitos u organizaciones que tengan como finalidad el espionaje a que dicho cuerpo legal dedica el párrafo 2.º de su art. 278.

C) EL PROCEDIMIENTO PARA SU CASTIGO.—En el caso improbable, o al menos poco frecuente, en que su enjuiciamiento y sanción correspondiese a la jurisdicción ordinaria, el secreto impuesto por la naturaleza del delito podía estar protegido en la fase sumarial por tener este carácter las actuaciones judiciales en este periodo, según el art. 301 de la ley de Enjuiciamiento criminal, ya que la única excepción establecida en el art. 302 de dicha ley, de poder dar vista al procesado de lo actuado cuando sirva de base al ejercicio de cualquier derecho que pudiera corresponderle, o para que inste lo que estime conveniente para su rapidez cuando el sumario dure más de dos meses, aparte de ser facultativa su concesión, tiene la limitación de que no se perjudiquen con ello los fines del sumario, y en la fase de juicio oral podía y habría de acordarse su celebración a puerta cerrada, por existir las razones de orden público, entendiéndose por tal interés público e interés general, que pide para ello el art. 680 de la ley Rituaria penal.

Para cuando el proceso se sigue ante la jurisdicción militar, la ley penal castrense provee no sólo a guardar el secreto del procedimiento ordenando que el consejo se celebre siempre a puerta cerrada (art. 772), sino que dicta normas encaminadas a la rapidez de su punición, pudiéndose prescindir de la elevación de la causa al Consejo Supremo de Justicia Militar, aunque la pena impuesta sea la de muerte (núm. 10 de su art. 52), y para impedir el retraso en la celebración del consejo de guerra que ha de conocer de su castigo en las fuerzas o unidades separadas de la autoridad judicial militar, que dicho consejo pueda celebrarse con sólo dos vocales en vez de cuatro, que incluso pueden ser de graduación inferior a la del encartado y sustituirse el ponente, que ordinariamente ha de pertenecer a la Magistratura militar, por un letrado o funcionario del orden civil que actúe de asesor, y aun sin la asistencia de letrado alguno.

VIII

TESIS Y CONCLUSIÓN

Hemos visto cómo el delito de espionaje ha sido siempre castigado, cómo su morfología en los textos legales ha repetido una constante de tipos al lado de los cuales otros han variado según las circunstancias de lugar y tiempo, cómo aun en lo que son tipos *constant*es ha venido confundido con otros que atacan lo que aún hoy impropriadamente se llama la seguridad del Estado, y cómo en una difícil diferenciación, cuando los delitos así llamados se han agrupado en contra de la seguridad interior y la exterior han ido al grupo formado por los que atacaban aquélla, si bien en nuestras leyes penales militares se ha conseguido una diferenciación de los más afines de traición dentro de lo que con menor imperfección se han llamado delitos contra la seguridad de la Patria.

Sin embargo, su descripción en los textos legales españoles no sólo no es perfecta, sino que, por el contrario, es la más confusa y falta de sistema de nuestro ordenamiento jurídico penal. Esto se debe a la carencia de una elaboración científica que diese al legislador el presupuesto doctrinal necesario para una sistematización más perfecta. Ha dificultado grandemente este estudio su dispersión en diversos textos legales, que ha hecho que los tratadistas, ante las dificultades que presenta el problema, rehuyesen la reelaboración de esta doctrina, y los comentaristas hiciesen el del precepto de la ley, que comentaban sin referencia a la paralela existencia en otro texto de igual vigencia que el comentado, y en leyes especiales, cuyo territorio o ámbito de aplicación no se delimitaba exactamente, soslayando así un difícil problema de aparente concurso de leyes, y esto en una materia cuya codificación se hizo por yuxtaposición, sin orden alguno, de preceptos contenidos en leyes anteriores de las que se sacaron apresuradamente, a veces con su sola transcripción, y sobre estos tipos que *se repiten de código en código, formando lo que he llamado su morfología constante*, se han añadido con menos método aun, en aluvión, otros que forman su morfología variable.

Esto ha dado lugar al caos legislativo que lamentamos, y que

hace insegura la determinación del precepto aplicable a un caso concreto, que puede estar diversamente previsto en los dos Códigos actuales, que hemos visto repiten fórmulas comunes, aunque con alguna variante, y fórmulas de descripción no contenidas en su paralelo y si es insegura esta elección para el técnico del Derecho ha de resultar misteriosa para el que no lo es, con toda la atracción que el misterio ejerce, porque para uno y otro esta determinación tiene la consecuencia de absolución o gravedad de la condena del que realizó el acto examinado.

Por esto en esta materia es más urgente que en otras que también lo necesitan, la articulación de su punición en preceptos claros, concisos y conocidos que eliminen toda inseguridad en la determinación del precepto y de la sanción aplicable, porque la mejor prevención de un delito —prevención general— es que su existencia y sanción sean conocidas, y mientras cualquiera sabe aproximadamente qué es un asesinato y cuál su pena, pocos son los que tienen el mismo conocimiento respecto a qué actos constituyen espionaje y cuál la sanción que según su naturaleza puede corresponderle, sobre todo en las formas culposas de él, en que puede incurrir incluso el fatuo sin malicia que revela secretos que debía guardar, por el solo placer de sentirse importante ante sus oyentes.

Para que exista esta claridad bastaba con una reelaboración legislativa en busca de ella, que comprendiese los tipos de la morfología constante, en fórmulas tan amplias que hiciesen innecesaria la creación de tipos que formasen la variable.

Su mejor y general conocimiento se conseguiría con la consignación en la ley penal militar, la menos manejada y conocida, de los delitos, cada vez en número más exiguo, que sólo pudiese cometer el militar, consignándose en el C. P. O., como ley penal general más conocida, los que puede cometer el militar y el que no reúna tal carácter, que han de ser los más, ya que con la modalidad de la guerra total nadie quedará al margen de una contienda y con la de la guerra revolucionaria que tan magistralmente describe el General DÍAZ DE VILLEGAS (67), serán más los no

(67) En *La guerra revolucionaria*, prologada por el Excmo. Sr. D. LUIS CARRERO BLANCO. Aunque obra y prólogo no tienen desperdicio, por su reciente aparición y por su fin sólo han influido el final de este trabajo, pero los señalo como documentación para un trabajo sobre las especies de "bulismo" y "derrotismo", a las que sólo pude aludir.

militares que tomen parte en ella y en su preparación y, por tanto, incurran en los delitos que para prevenir y sancionar esta clase de guerras, que el Contralmirante CARRERO BLANCO encuentra fundamentada en una teoría que califica de elementalmente perversa, sin que tal consignación en un texto determinado prejuzgue la competencia para su sanción, que es problema distinto, aunque conexo.

Claro y conocido el precepto que describiese los delitos de espionaje y prefijase su sanción, necesariamente, sin duda, el aspecto novelesco de la cuestión desaparecería de la imaginación de las gentes, y más en los casos en que fuese posible se enjuiciasen tan públicamente como en cualquier otro delito. Entonces éste tendría el mismo interés que el robo por fractura o el parricidio frustrado, un interés graduado sólo por la repulsión que produciría en ellas el conocimiento de su perpetración, que sería, repetimos, la mejor prevención, como lo es para cualquier otro.

IX

BIBLIOGRAFIA

- ALTEISAC, Jean: *La Loi du 26 Janvier 1934 sur la repression de l'espionage*. Lyon, 1935.
- BALBO: *Storia d'Italia sotto i barbari*. Firenze, 1853.
- BECCARIA, Marqués de. *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1945.
- BENTHAM, Jerónimo: *Tratado de legislación civil y penal*. Traducción de Baltasar AZUAGA Y ESPINOSA. Madrid, 1841.
- BLACKSTONE, W.: *Commentaires sur les lois anglaises*. Traducida al francés por M. CHOMPRE. París, 1822.
- BLUNTSCHLI: *Droit international codifié*. París, 1870.
- BUCELLATI: *Cesare Beccaria e l'abolizione della pena di morte*. Milán, 1872.
- CARMIGNANI: *Elementa iuris criminalis. Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Pisa, 1931-32.
- CARRARA, Francisco: *Derecho criminal*. Buenos Aires, 1944-1947. Traducción de Soler Cavier y Núñez.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho penal*. Bosch. Barcelona, 1951-52. 10.ª edición.
- CHAVEAU ET HELIE: *Teorie du Code Penal*. París, 1872.
- DEBBRETT: *L'espionage et la trahison*. París, 1900.

- DÍAZ DE VILLEGAS, General: *La guerra revolucionaria*. Prologo del Excelentísimo Sr. D. Luis Carrero Blanco. Ediciones Europa. Madrid, 1959.
- DÍAZ LLANOS, R.: *Leyes penales militares*.
- DONNEDIEU DE VABRES, H.: *Les relations du droit interne et de Droit international dans la repression de l'espionage*. Dalloz Hebeo, 1948.
- FELIU DE LA PEÑA, Francisco: *Fundamento de un nuevo Código militar*. Barcelona, 1950.
- FERNANDEZ RUA, José Luis: *Historia del espionaje*. 1953.
- FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código penal*. Murcia, 1946-48. Madrid, 1956.
- FILANGIERI: *La scienza della legislazione*. Livorno, 1827.
- FLORIÁN, Eugenio: *Delitti contra la sicurezza dello Stato*. Milán, 1915. Vallardi, editor.
- GHOIZARD, Alejandro: *El Código penal del 70 comentado y concordado*. Madrid, 1902-14.
- GUICCIARDINI: *Storia*. Milan, 1803.
- GUIZOT: *De la peine de mort en matière politique*. Paris, 1822.
- GUTJAR: *Diplomatischer landesverrat*. LSW. 1929.
- HAPTER: *Lehrbuch besonderteil*.
- HUBER, VALLEROUX: *Analyse de la loi du 26 août 1889*. "Annuaire de Legislation étrangère" 1890.
- LA MARMORA: *I segreti di Stato*. Firenze, 1857.
- LOMBROSO E LASCHI: *Il delitto politico*. Turin, 1890.
- LLORENTE, Manuel: *Proyecto de Código penal militar*. Madrid, 1850.
- MAGNOL, J.: *Commentaire de la loi de 26 janvier 1934*. "Lois nouvelles". 1934.
- MANZINI, Vincenzo: *Diritto penale militare*, 2.ª edición. Padova, 1932.
- — *Diritto penale italiano*. Turin 1939.
- MAUPAS, Jacques: *La repression de l'espionage et l'interdiction des organisations politiques en Suisse*. "Rev. Droit International Pub.", 1930.
- MICHELET: *Histoire de la France*. Paris, 1878-79.
- MUGA LÓPEZ, Faustino: *Antecedentes del Código penal militar de 1894*. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núms. 1 y 2, 1956.
- NÚÑEZ DE ARENAS, Isaac: *Bases y motivos en que se funda la reforma del tratado de justicia para la nueva Ordenanza militar*. Madrid, 1856.
- NÚÑEZ DE PRADO, José: *Código penal militar*. Madrid, 1885.
- PACHECO, Francisco: *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1956.
- NOCITO, Pedro: *Alto tradimento*. Digesto italiano. Milan, Roma, Napoli, 1943.
- PALANDRINI, Rafael Rómulo: *Tipificación contemporánea de los delitos de espionaje*. "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1947.
- PESSINA, Enrique: *Elementos de Derecho penal*. Traducción Pérez del Castillo, 3.ª edición. Reus, 1919.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Compendio de Derecho penal*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.
- — *Comentarios al Código penal*. Prólogo del Excmo. Sr. D. Manuel de la Plaza. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Espionaje*. "Nueva Enciclopedia Jurídico-Española". Seix, editor. Barcelona.

EL DELITO DE ESPIONAJE

- RUEDA SÁNCHEZ MALO, Antonio: *Notas para la construcción de un concepto del espionaje*. "Revista de Legislación y Jurisprudencia", número 1.º de 1944.
- SALTELLI Y ROMANO DI FALCO: *Commento teorico pratico del nuovo Codice penale*. 2.ª edición. Turín, 1940.
- STAUNTON, Jorge Thomas: *Traducción del "Ta tsing leu ho"*. Traducido al español por VICO Y BRAVO. Madrid, 1884.
- TISSUT: *Le Droit penal*. Paris, 1860.
- UGARTE, Javier de: *Código penal del Ejército*. Prólogo del General don Antonio Ros de Olano.
- VAN CAKFER: *Hochverrat und landesverrat*. V. B. B., I
- VON LIST: *Derecho penal*. Traducción de JIMÉNEZ ASÚA. Adiciones de SARDANA. Reus, Madrid, 1914.
- VOFF: *De jure militari*. 1670.