

EN TORNO AL REQUISITO DE CULPABILIDAD EN NUESTRO DELITO DE SEDICION MILITAR

por Francisco JIMENEZ Y JIMENEZ
Comandante Auditor

ANTONIO QUESADO RIBOLLÉS, en el interesante estudio (1) que encabeza el número anterior de la REVISTA, señala como "hacedero el encastrar la figura delictiva del art. 296 del Código de Justicia Militar dentro de una línea en que la culpabilidad cuente como requisito del tipo, logrando una plausible explicación o una atenuación, siquiera, de los perfiles ofrecidos por este delito", tantas veces citado como un lamentable caso de pura responsabilidad objetiva, y causa, junto con algún otro precepto de nuestro ordenamiento marcial, del llamado problema de la voluntariedad en los delitos militares.

Ya antes había dicho ANTÓN OSCEA (2), después de citar diez casos de responsabilidad objetiva contenidos en nuestra legislación común, que cuando los conceptos de culpabilidad están tan poco determinados como en nuestras leyes penales, la interpretación judicial pudiera hacer desaparecer tales casos de responsabilidad objetiva o restringirlos notablemente. Y el propio ASCA, cuando en el tomo V de su Tratado (3) anuncia para el próximo volumen el ocuparse del sentido de la voluntariedad en los delitos militares

(1) "La culpa en el Derecho penal militar", *REDM.*, núm. 4, págs. 9-19.

(2) JOSÉ ANTÓN OSCEA: *Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1949, páginas 190-191.

(3) LUIS JIMÉNEZ DE ASLA: *Tratado de Derecho penal*, tomo V, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1956, pág. 124.

españoles, apunta su parecer de que el no denunciar la voz sediciosa o el dormirse estando de centinela, no son, sin más, casos de responsabilidad sin culpa, ni mucho menos permiten decir que en el Derecho penal militar no rige el principio de *nullum crimen sine culpa*.

Animados por estos autorizados y recientes pareceres de penalistas ajenos a la profesión militar, nos ha sido dable llegar, aunque por distinto camino que el primero de los citados, a la misma conclusión favorable a la subsistencia en nuestra legislación penal militar del dogma de que no hay pena sin culpabilidad. Adelantamos nuestro entendimiento del precepto citado como un caso de concurso de leyes, en el que la sustancia penal del art. 296 está fundamentalmente incluida en la sedición tipo que configura el artículo 295 de nuestro Código castrense, donde no hay supuesto alguno de responsabilidad objetiva. En esta hermenéutica de los preceptos en concurso hemos tenido presentes las palabras de MEZGER (4): "La meta de la interpretación es la adaptación de la ley a las necesidades y concepciones del presente", a cuyo efecto, con sentido correctivo y progresivo, forzamos el entendimiento tradicional y literal del precepto; hacia una mayor concordancia del mismo con el resto del ordenamiento penal, con los principios generales hoy imperantes y con la equidad natural, que de otra forma quedaría conculcada. Todo ello sin que resulte privado el mando de los resortes adecuados (policiales y procesales) que le lleven a un rápido restablecimiento de la disciplina quebrantada, ni quede desprovisto de la correspondiente sanción penal quien falte al deber militar de que se trata, pues no podemos olvidar que el Ejército no tolera que la masa, que el militar agrupado, obre por su cuenta, ni aun siquiera para formular justas reclamaciones o peticiones. Al Ejército, organización rígida, estructura compacta, le cuadra mal la acción estridente y fuera de su cauce de un grupo de sus miembros. No importa tanto la dirección en que ese grupo se mueva, como el que lo haga como tal grupo, directamente, con *self-gouvernement*, pues, como ya tuvimos ocasión de decir en otro lugar (5), la caracterización del delito de sedi-

(4) EDMUNDO MEZGER: *Tratado de Derecho penal*, 3.ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, tomo I, pág. 145.

(5) REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 3, pág. 132.

ción militar descansa más en el *cómo* (acción colectiva) que en el *qué* (insubmisión al cumplimiento de deberes militares). En pocos casos como en el de la voz sediciosa —al que se refiere el predicho segundo párrafo del art. 296— tiene sentido tan claro la concepción del delito como "ejemplo intolerable".

Es por ello que, a través de todas sus diversas denominaciones (motines, amotinamientos, asonadas, revueltas, etc.) o de sus múltiples contenidos de naturaleza común o castrense, los legisladores han sancionado siempre y con severidad el delito de sedición militar, caracterizándolo modernamente como una forma colectiva, concertada al efecto, de que los militares lleven a cabo concretos delitos contra la disciplina. Así, por citar los de mejor técnica, el Código penal militar suizo (6) se ocupa únicamente del delito de motín, haciéndolo en los siguientes términos: "El que concertado con otros, en un tumulto o de otro modo, haya participado en una desobediencia, en amenazas o en vías de hecho hacia un jefe o superior, será castigado con reclusión o prisión"; el derogado Código penal militar alemán de 10 de octubre de 1940 castigaba, en su párrafo 406 (7), la comisión colectiva, amotinada y concertada, de los delitos de desobediencia, resistencia o insulto de obra a superior; y la reciente ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957 se expresa en análogos términos, tanto para el delito de motín (párrafo 27), como para el de conspiración para insubordinarse (párrafo 28) (8), cuando refiere el concierto a la comisión de concretos tipos penales, que incluso cita,

(6) Promulgado en 13 de junio de 1927, según el Proyecto de ERNESTO HARTER.

(7) Dice, literalmente: "Cuando más de tres soldados se amotinen y traen, uniendo sus fuerzas, de cometer un delito de desobediencia, resistencia o insulto de obra a superior, serán castigados con pena de prisión no inferior a un año. Si el hecho es en campaña o en circunstancias especialmente graves, se puede imponer la pena de muerte o de reclusión temporal o perpetua. Los que, después del conlenzo del motín, vuelvan a la disciplina, pueden ser castigados con pena de prisión."

(8) Al que la legislación italiana, al lado de la revuelta y el amotinamiento, llama delito de sedición militar en el art. 176: "Cuando cuatro o más militares se concerten para cometer alguno de los delitos de revuelta o amotinamiento, aquellos que participan en el concierto serán castigados, si el delito no se ha cometido, con la pena establecida para el mismo delito, disminuída desde un tercio a la mitad."

diciendo: "Si varios soldados se amotinan y, uniendo sus fuerzas, rehusan la obediencia (§ 20), amenazan a sus superiores (§ 23) o emplean contra ellos coacciones (§ 24) o vías de hecho (§ 25), todos los que hayan participado en el motín serán castigados con pena de prisión no inferior a un año."

Nuestra legislación sobre el particular no incrimina así estas participaciones plurales en delitos de desobediencia o de insubordinación perfectamente definidos, sino que aloja en el capítulo correspondiente diversas formas punibles, de varia naturaleza, aunque de realización predominantemente colectiva, y entre ellas, principalmente como arrastre histórico, el caso que nos ocupa, el artículo 296, párrafo segundo.

La matización militar de estos tumultuarios ataques al orden establecido empezará a darse en nuestras Ordenanzas (9), pero aun en ellas, bien que ya con el nombre de sedición, anda mezclada con delitos de rebelión y otras infracciones de naturaleza política, que dan a la abigarrada mezcla de infracciones bajo tal etiqueta recogidas el indudable carácter de gravedad que ha de llevar a FÉLIX COJÓN Y LARRINATEGUI a calificarlo como "el más atroz delito que se conoce en la milicia".

La sanción dura y automática de la voz sediciosa es expresada sin apenas mitigación y con plena fidelidad a los bárbaros precedentes romanos (*decimatio*) o germanos (*Decimierung*), en los artículos 29, 30 y 41 del título X, tratado 8.º, de las Reales Ordenanzas, promulgadas por Carlos III en San Lorenzo del Escorial el día 22 de octubre de 1768: "Los que levanten la voz en grito tumultuario sobre cualquier asunto, sea para pedir el *prest*, pan

(9) El art. 75 de las llamadas Segundas Ordenanzas de Flandes, dictadas por Felipe V en 18 de diciembre de 1701, dice: "Prohibimos a todo soldado de Infantería, Caballería y Dragones el juntarse y dar algún grito que incline a la sedición, y que cuando un regimiento estuviere en batalla o que los soldados estuviere en tropas de algunas partes, si saliere de dicho batallón o tropas algún discurso encaminado a la desobediencia, mandamos a los oficiales que se hallen presentes vayan a la parte donde hubieren oído la voz y prendan a cinco o seis soldados poco más o menos, poniéndoles a la cabeza del regimiento y mandándoles nombren al que hubiere gritado, y si no lo hicieron, se les echará suertes para hacerlos pasar por las armas inmediatamente." Precepto que se repetirá en los de Carlos III, con la sola diferencia de que el denunciado como delinente había de ser fusilado, previa justificación y comprobación de la denuncia.

a otra asistencia, serán diezmados para ser pasados por las armas; y el que se le averigüe ser el primero, sufrirá la misma pena sin entrar en suerte; pero si no se puede verificar quién fué el primero, entrarán todos en suerte para que muera uno, y los demás que queden libres sortearán después para morir de cada diez uno."

"Aunque no lleguen a diez los tumultuantes, el motor siempre ha de morir, y los demás han de sortearse para ser uno condenado a seis años de arsenales, y los que quedaren libres, tanto de la pena de arsenales como de la de muerte, han de perder el tiempo de su empeño, y los que no tuvieren tiempo, se remitirán, para servir en él, a un presidio de Africa, agregados a las armas."

"Si estando un regimiento, batallón, escuadrón, destacamento u otra tropa sobre las armas, o junta para tomarlas, saliera de entre los soldados alguna voz o discurso sedicioso, o que conmueva a la desobediencia, mando a los Oficiales que se hallen presentes que se encaminen a la parte donde hubieren oído la voz y prendan a cinco o seis soldados poco más o menos, poniéndolos a la cabeza del regimiento o tropa que allí se halle, mandándoles nombren al que hubiere gritado; si le descubrieren, será éste pasado allí mismo por las armas, procediendo la justificación que lo compruebe, y si no lo hicieren, se les obligará a echar suertes para que sufra la misma pena el uno de ellos."

El Código penal del Ejército que, dictado en 17 de noviembre de 1884, sustituyó al Tratado 8.º de las antedichas Ordenanzas, no sólo palió algunos de sus rigores, sino que estructuró con mayor técnica legislativa el actual contenido de la sedición militar que, pasando por el largo periodo de la formulación vigente desde primero de noviembre de 1890, desemboca en el actual Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, y en donde, según su Exposición de Motivos: "En orden al delito de sedición son de señalar como novedades las siguientes: Primera, la de haberse redactado el contenido de la exención de pena establecida en el párrafo 2.º del art. 296, de acuerdo con el precepto similar del Código penal de la Marina de Guerra, que se limita lógicamente a exigir, para que ella tenga lugar, que se averigüe quién sea el verdadero culpable del acto sedicioso, y no requiere para ello que aquél sea señalado como tal por los favorecidos por la exención..."

Cuando el legislador español, sin duda influido por los pre-

cedentes históricos que citamos, castiga en el art. 296 a un determinado número de no denunciantes del que levantó la voz en sentido subversivo, o excitó de otro modo a la comisión del delito, estando la tropa o marinería sobre las armas o reunida para tomarlas, evidentemente apunta a un objetivo de signo inquisitivo, pretendiendo que, mediante la amenaza penal y el estímulo de la exención de pena al denunciante, sea descubierto el autor de la voz sediciosa, a través de una inversión de la carga de la prueba, por virtud de la cual se consigna la presunción *iuris tantum* de que los seis más próximos son culpables; mas sin impedir que se demuestre su inculpabilidad, al amparo de la eximente 3.ª del artículo 185 del Código de Justicia Militar (que impide la pena de quienes no tienen intención o culpa en el delito imputado) o de otra que específicamente concurra.

Esa finalidad práctica y este contenido procesal del predicho párrafo segundo del art. 296 enturbia la visión de la sustancia penal que contiene (omisión del deber específico de denunciar al promovedor, previsto genéricamente en su art. 305) y quizás impide ver, a pesar de su aparente disparidad sustancial, la fundamental identidad que guarda en su desarrollo con una de las formas de acción previstas en la sedición-tipo: "La falta de claridad de este precepto —dice RODRÍGUEZ DE VERA— puede conducir a sentencias en las que la creencia de asentar con ellas la disciplina sobre los más firmes cimientos, conduzca a resultados opuestos a los perseguidos, con el consiguiente malestar en las instituciones armadas que, por imperativos históricos, han de compartir los mismos sentimientos sobre la justicia de las decisiones judiciales que el hombre actual, aunque el hábito de obedecer y el sentido del deber profesional impliquen que tal malestar se exteriorice."

Ese peligro en la práctica, y el extendido reproche que desde el punto de vista técnico se hace al párrafo segundo del art. 296 del Código castrense, arranca de la creencia de que no es precisa la voluntariedad para ser sancionado por la especial participación sediciosa que incrimina. Pero como claramente decía NICASIO POY (10), "la diferencia entre el Código penal y el Código de Justicia Militar no estriba aquí en que éste prescindiera de la voluntad.

(10) NICASIO POY RUIZ: *Código de Justicia Militar*, Editorial Reus, Madrid, 1927, pág. 176.

sino en el desplazamiento de la prueba, porque así como en el primero se presume la inocencia y debe demostrarse la culpa, en el segundo la presunción es de culpabilidad y la prueba debe ser la inocencia del autor". Es por tales razones por lo que ya mucho antes sostuvo ROMÍQUEZ DE VICUÑA en la defensa del General Navarro, que el Derecho penal castrense, como parte de la ciencia jurídica, como proyección de la misma sobre personas o ambientes diferentes, no abdica en los principios jurídicos fundamentales que lo distinguen de una mera expresión de fuerza, sino que descansa siempre en un acto humano voluntario, a pesar de que existan presunciones *juris tantum* de difícil prueba en contrario. En definitiva, siempre queda en pie, con todo su rango general y básico, la exigente 8.ª del art. 125, que funcionará cuando se pruebe para los inculpados la ausencia de intención o culpa en la participación que se les imputa: es decir, que si ésta no fué voluntaria, si en ella no intervino la culpabilidad en sus formas dolosa o culposa, el delito no existe con todos sus caracteres y la responsabilidad no podrá exigirse.

¿Qué eficacia o sentido resta, pues, en el precepto comentado? Vaya por delante la afirmación del citado POR RUIZ (11) —recogida luego por QUEROL (12) y ALARCÓN (13)— de que "nunca ha sido preciso aplicar este castigo", lo que si bien puede probar un buen estado de disciplina en la tropa, no menos puede poner de relieve la poca utilidad de ese arcaico precepto que, apenas limado en algunas aristas, pervive desde siglos como un expediente intimidatorio, a la postre más encarado hacia un encartamiento procesal de los presuntos encubridores del promovedor de la sedición para provocar lo denuncien, que hacia una condena, con o sin culpabilidad, de quienes callan. Pero, ni aun en la muy limitada esfera de su aplicación real, supone la condena a ultranza como autores de voz sediciosa de quienes demuestren carecer de culpabilidad. Supone, a lo sumo, una forma agravada de incumplir el deber de denunciar al autor de la voz sediciosa.

(11) Obra citada, pág. 253.

(12) FERNANDO DE QUEROL Y DURÁN: *Principios de Derecho militar español*, tomo II, Editorial Naval, Madrid, 1950, pág. 302.

(13) FERNANDO ALARCÓN ROLDÁN: *Código de Justicia Militar Vigente*, Editorial Rens, Madrid, 1940, pág. 270.

De lege ferenda, pudiera estimarse la conveniencia de colocar este precepto junto al art. 305, si se le reputa una especie del mismo, agravada por el carácter colectivo y por la ocasión crítica en que el silencio se produce, o mejor aún, de suprimir esta norma, que no demostró su utilidad práctica, que concitó juicios tan adversos sobre nuestro ordenamiento penal y que, en definitiva, y si se entiende que con el expediente "amenaza-perdón", sólo sanciona realmente la presunta omisión colectiva del deber militar de denunciar al promovedor de sedición, puede resultar innecesaria, porque esta conducta (con las solas variantes procesales de la inversión de la carga de la prueba y la fijación del número de seis inculpados, y la variante penal de una especial excusa absolutoria), ya está genéricamente recogida en el art. 295, cuando castiga, precisamente con igual pena de reclusión militar, a quienes en acto de servicio (género que comprende el acto de servicio de armas), en número de cuatro o más (aquí son seis), y existente concierto tácito (que creemos existe también en el caso de los que no señalen la voz sediciosa) se resistan (ante la petición de que denuncien al culpable) a cumplir su deber de darlo a conocer. La presunción de que, incumpliendo su deber de denunciarlo favorecen la impunidad del promovedor, llevaría, con el cuasiautomatismo que quiere el legislador, simplemente a procesar a los que callan; pero ello ya no sería a los seis que los Jefes designen como más próximos, sino, aplicando el art. 553, a todos y sólo a aquellos en quienes recaigan indicios racionales de que conocen y no denuncian la voz subversiva. Seriamente, no se puede decir que la culpabilidad ó la presunción de la misma coincide con el número seis, pues, castigando al promovedor, sólo podrá referirse a uno, y castigando a los que omitan denunciar, podrá ser a seis o podrá ser a menos de seis; pero sólo al proceso judicial le pueden ser permitidos pronunciamientos finales sobre la existencia de culpabilidad y sus alcances individuales. Esta medida del procesamiento, con la consiguiente prisión preventiva rigurosa de los inculpados, y sin la antedicha prueba tasada de la designación de los Jefes (que sólo puede suponer inculpación inicial, pero no discriminación final), puede tener más eficacia que la conminación penal establecida, y, en todo caso, no conculcaría el dogma de que no hay pena sin culpabilidad, la que, como venimos diciendo (y no se puede decir otra cosa en un Derecho

penal de nuestro tiempo), siempre habrá de ser apreciado por los Tribunales como existente a título de dolo o culpa por la insoportable aplicación del predicho número octavo del art. 185.

Desenvolviendo esta interpretación, queremos comparar minuciosamente la parte correspondiente de los arts. 295 y 296 de nuestra ley marcial, pretendiendo mostrar, no tanto su sustancial identidad de fondo como la posibilidad de alcanzar, aun antes de una deseable desaparición del predicho art. 296, iguales resultados prácticos con la aplicación al hecho punible de los normales preceptos de los tipos de sedición contenidos en el art. 295, en lugar de emplear el extremado expediente del tan repetido párrafo 2.º del art. 296.

Los textos de los arts. 295 y 296, en la parte que incriminan conductas análogas, pueden transcribirse así, a efectos de su mejor cotejo:

ARTÍCULO 295

Los militares que mediante concierto hecho en número de cuatro o más se resistan, en actos de servicio, a cumplir sus deberes, serán castigados con la pena de reclusión militar, si son meros ejecutores.

ARTÍCULO 296

Cuando en el acto no se descubre quién dió voz subversiva, sufrirán la pena de reclusión militar los seis individuos conceptuados como más próximos al lugar de donde hubiere salido dicha voz, pronunciada estando la tropa o marinería sobre las armas o reunida para tomarlas, excepto si se averigua cuál sea el verdadero culpable.

La comparación de ambos preceptos muestra lo siguiente:

1.º **SUJETO ACTIVO.**—En ambos casos serán los militares en número de cuatro o más.

Las legislaciones atienden a esta exigencia numérica de muy variados modos: unas no fijan cifra (14), otras dicen "varios" (15)

(14) "... los que emprendieren" (art. 26, tit. VIII, tratado X de nuestras Reales Ordenanzas); "los que..." (art. 26, Código penal militar suizo).

(15) Párrafo 27 de la vigente ley penal militar alemana, al hablar del delito de motín. Y art. 114 del Código penal común mejicano, en el mismo delito de motín ("reunión tumultuaria de varios individuos para hacer uso de un derecho").

y otras oscilan desde dos a diez o más, al fijar el tope mínimo (16), y aun en algunos casos, como el mejicano, lo hacen depender de la clase concreta de infracción (17).

Tratándose del art. 295, la precisión del sujeto activo es clara. Análoga claridad e identidad resulta del art. 296, porque aunque emplee la palabra "individuos" (18), éstos no pueden ser sino militares, ya que se trata de un delito cometido en ocasión de estar la tropa o marinería sobre las armas o reunidas para tomarlas, encubriendo al militar que dé voz sediciosa y al que han de estar contiguos, con proximidad que difícilmente puede permitirse a paisanos en tales actos de tomar las armas. Además, como veremos cuando consideremos la antijuridicidad tipificada, se incumple un deber profesional, señalado para los militares por el art. 305 del Código castrense, de denunciar a sus superiores el delito de provocación a la sedición del que tienen conocimiento. Luego no puede admitirse sean paisanos los culpables de esta infracción sólo propia de militares.

2.º **SUJETO PASIVO.**—Es el Ejército para ambas formas de la sedición, pues él es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia de los delitos.

3.º **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.**—Ese interés, esa esencia, es también común a los dos, tanto si se estima es la disciplina lo afectado, como si se piensa en una idea de orden militar perturbado, pues lo grave del ataque al bien tutelado seguirá siendo en uno y otro caso la forma colectiva con que, por acción u omisión, se incumplen deberes militares.

(16) *Dos o más*: art. 64 del Código penal militar polaco de 21 de octubre de 1932.

Tres o más: art. 115 del derogado Código penal militar toscano.

Más de tres: parágrafo 106 (delito de revuelta) del derogado Código penal militar alemán, y art. 29 del Reglamento Pontificio de Justicia penal militar.

Cuatro o más: arts. 174 y 175 del Código penal militar italiano en tiempo de paz, y art. 130 del Código castrense brasileño.

(17) *Diez o más*: art. 224 del Código de Justicia Militar, delito de sedición propiamente dicho, análogo a nuestra sedición común.

Cinco o más: art. 305 del Código de Justicia Militar, delito de asonada ("los que rehúsen obedecer"), análogo a nuestra sedición militar.

(18) Quizás por no repetir la voz militar, que el texto del precepto usa sólo tres palabras antes.

4.º Acción.—Mantenemos que hay sustancial identidad entre la resistencia colectiva y tácitamente concertada a cumplir deberes militares que describe el art. 295, y la negativa coincidente y persistida a lo largo de un proceso de averiguación del promovedor, ofrecida por los militares próximos a él, que no cumplen el deber concreto de denunciarlo a sus superiores (art. 296).

5.º ANTIJURIDICIDAD TÍPIFICADA.—No existe en nuestro ordenamiento castrense, como sucede, por ejemplo, en el mejicano, un catálogo de deberes militares que permita conocer con claridad a qué normas concretas debe sujetar su actuación el profesional de la milicia y que al mismo tiempo permita a los Tribunales aplicar un derecho vivo, sistematizado y donde fácilmente puedan jerarquizarse los deberes de cuya infracción se trate. Nuestras famosas Ordenanzas de Carlos III sólo ofrecen hoy la vieja esencia de su espíritu militar clásico y unas pocas normas reglamentarias, sobrevivientes en un verdadero cementerio de preceptos derogados por su arcaísmo, desuso o nuevas disposiciones. Para el militar, mucho; para los Tribunales, poco.

Quizás por esta indeterminación de límites y de vigencias nuestro Código de Justicia Militar acude en el artículo que comentamos y en algún otro punto de su Tratado II al expediente, de poco rigor técnico y de discutible eficacia práctica, de destacar el deber de obediencia, y para no caer en riesgo de omisión, cerrar con un gigantesco etcétera el cuadro de las infracciones posibles, aludiendo ("rehusen" en el 295, y "dejen" en el 391, número 2.º) al incumplimiento de sus deberes militares: es decir, a todos los demás; expediente que tiene su prolongación en el campo de las faltas graves (la núm. 2 del art. 437, de aplicación subsidiaria respecto del antedicho 391, núm. 2.º) y en el puramente disciplinario de las leves, con el art. 443, que concluye: "... y todas las demás que no estando castigadas en otro concepto, ... consistan en el olvido o infracción de un deber militar".

La conducta descrita por ambos artículos como antijurídica descansa análogamente en el quebrantamiento de deberes profesionales, que el art. 295 refiere a todos y cada uno de ellos, y el artículo 296 centra en el deber de denunciar ante sus superiores el delito de provocación a la sedición de que se tenga conocimiento; deber de denuncia establecido por la Ley de Enjuiciamiento criminal respecto de todo delito, y más vivamente recordado para

el de sedición militar cuando el legislador establece (art. 305) pena de prisión militar o de separación del servicio para el militar que no denuncia a sus superiores el delito de provocación a la sedición de que tenga conocimiento.

La conducta descrita en el art. 296, párrafo 2.º, no consiste en la clásica figura de encubrimiento, ni siquiera después de que la reforma de 21 de abril de 1949 ha añadido el supuesto de encubrir a "cualquiera de los principales culpables de sedición militar", donde evidentemente estaría comprendido el autor de la voz sediciosa dada en las circunstancias típicas. La razón es que el requisito de "ocultando al culpable" (art. 199) supone una acción material, implica actos positivos. Como dice OXLEY (19), "es una conducta de acción, no de omisión. La omisión de denuncia no es encubrimiento, y queda impune, salvo los casos en que la ley la pene especialmente, como la ley de 18 de abril de 1947 para la represión de bandidaje y terrorismo" (art. 8.º, C).

La circunstancia calificativa contenida en el art. 295 de que la sedición tenga lugar en acto de servicio, es también género que comprende la especie descrita en el párrafo 2.º del art. 296 de que la tropa o marinería esté sobre las armas o reunida para tomarlas, ya que según la descripción que de estos elementos normativos dan los números 1.º y 2.º del art. 256 del Código castrense, la circunstancia del 296 será acto de servicio de armas, especie del acto de servicio en general recogido en el 295.

6.º CULPABILIDAD.—El concierto, expreso o tácito, de varios militares para no cumplir sus deberes castrenses, genérica o específicamente determinados, presupone dolo. Esto, que reputamos claro para la forma de acción sediciosa establecida en el art. 295, también es predicable de la contenida en el art. 296, pues la forma omisiva de incumplir el deber es realizada mancomunadamente, conociendo tal deber y queriendo omitir su cumplimiento, salvo que se pruebe la existencia de causa de inculpabilidad prevista en el art. 185. Lo que sucede es que se trata de acontecimientos graves que demandan reacciones rápidas. Son deberes de cumplimiento inmediato, que en instantes se cumplen o se infringen, pero con presencia siempre de conocimiento y voluntad, de hecho coincidentes. Cuando el deber no afecte de manera tan inmediata y

(19) JOSÉ ANTON OXLEY: *Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1949, pág. 477.

apremiante a los próximos al promovedor no descubierto, cuando se trate de la sedición *in genere*, naciente o desarrollada, ya está la forma negligente, culposa, del art. 305, que, de otra parte, no exige sujeto plural, ni éste cabría, según diremos, tratándose de culpa.

Pero la culpabilidad, en el 296, pensamos ha de entenderse, en principio, a título de dolo, a través del mecanismo del concierto tácito en el incumplimiento del urgente deber de denunciar al vecino promovedor del delito de sedición. El silencio de estos soldados, juntos en el espacio, juntos en el conocimiento o desconocimiento del autor de la voz sediciosa, juntos en la obligación de denunciarlo, juntos en la grave amenaza penal que inmediatamente pesa sobre ellos, está interrelacionado, está condicionado el del uno al otro de los otros. Hay en la realidad y cuando se produzca un deseo de no ser el primero en denunciar, que tácitamente les *me, les concierta* (20). Los motivos por los que unánimemente callan podrán ser diversos, y hasta podrán tener eficacia atenuatoria (no excluyente) de responsabilidad, pero a la postre, hay un asentimiento, un concierto tácito en el hecho básico: no denunciar. Cuestión aparte --procesal-- es la de que los Tribunales consideren probada la culpabilidad. Ello habrá de ser "en conciencia y según su racional criterio" (art. 787 del Código), no imponiéndoles una apreciación automática de culpabilidad, pues siempre, repetimos una vez más, si no hay ni culpa ni intención, deberán eximir de responsabilidad, de acuerdo con el art. 185. Y también es cuestión procesal la de que sean seis u otra cifra los inculpaos por esta infracción. Lo importante es que la pena sólo afecte al culpable.

En la interpretación que venimos desarrollando hay, pues, tipificado algo más que una presunción de conocimiento del culpable unido a la voluntad de callar -- como afirma QUINTANO RIBALES en su citado estudio--: hay una omisión persistida y presuntamente voluntaria (párrafo 2.º del art. 2 del Código penal) de lo que es obligado y acaba de ser tan impresionantemente recordado que excluye la pasividad indolente, característica de la culpa; hay la presunción de un concierto tácito para incumplir

(20) ARRIAS: *Ob. cit.*, pág. 275, lo presupone con el dicho carácter tácito de los encubridores entre sí e incluso con el autor de la voz sediciosa.

el deber de denunciar al reo; es decir, hay el posible incumplimiento colectivo de un deber militar que constituye una de las formas de acción de la sedición propia. Desde el momento en que el legislador español incorporó a la redacción dada en 1945 el requisito exigido por la Jurisprudencia (21) de que en el delito de sedición los reos están unidos "mediante concierto expreso o tácito", salta a la vista la imposibilidad de que esta especie delictiva se cometa por culpa o negligencia. La reflexión inherente a una acción concertada se compagina mal con tal forma de culpabilidad, donde el evento no es plena y directamente conocido ni querido. Es por esto por lo que, excluyendo respecto de ella la participación plural, afirma rotundamente MEZGER (22) y ratifica RODRÍGUEZ MELNÓZ respecto de nuestra legislación: "El criterio regulador de la culpa es de carácter individual". Y aún se podría añadir otra razón, y es la de que, siguiendo nuestro Código castrense el criterio opuesto al penal común, de sólo castigar aquellas conductas que expresamente tipificadas como culposas, sin tener precepto genérico equivalente al art. 565, es obvio que, ausente en la auténtica sedición el tipo culposo, habrá de ser dolosa la forma de culpabilidad que se emplee para cometerla, sin que a ello sea obstáculo la llamada negligencia en el cumplimiento de los deberes respecto del delito de sedición (art. 305), pues en rigor se trata de un individual, y no colectivo incumplimiento de deberes con ocasión de sedición, pero no de actuar sedicioso en sí, ni, desde luego, de conducta tipificada en el art. 295.

7.º PENALIDAD.—Aquí también la analogía es patente: pena de reclusión militar a los meros ejecutores, que otra cosa no pueden ser los afectados por el párrafo 2.º del tan citado art. 296.

Sin embargo, contiene esta norma una condición objetiva de punibilidad, al decir "cuando en el acto no se descubra el que dé la voz, sufrirán la pena...", que está en íntima relación con la excusa absolutoria consignada al final del párrafo: "excepto que se averigüe cuál sea el verdadero culpable". Nada de esto hay, desde luego, en los tipos básicos de la sedición del art. 295. Mas lo que importa es determinar el sentido y eficacia de estos preceptos.

(21) Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 11 de julio de 1897.

(22) Ob. cit., tomo II, Madrid, 1940, pág. 182.

pues bien pudiera ser que no destruyera la afirmada consunción de un precepto en otro.

La interpretación que aventuramos es la siguiente:

Desde luego, no se refiere a una sanción automática la frase del legislador: "Cuando en el acto no se descubra el que dé la voz, sufrirán la pena los seis individuos...", pues *Nemo damnatur nisi per legale iudicium*. En virtud de la garantía jurisdiccional consagrada en el art. 241 del Código de Justicia Militar, no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme. En consecuencia, la conducta de los seis individuos que no denuncian al promovedor de la sedición habrá de ser dilucidada en un proceso y juzgada por un Consejo de Guerra, quien, para condenar, tendrá que estimar presentes en aquélla todos los requisitos del delito y, por ende, la culpabilidad.

Si, pues, como dijimos, la tan citada frase "cuando en el acto no se descubra...", no se predica de una imposición automática de pena, como literamente parece, apenas podrá tener sino uno de los dos siguientes sentidos:

A) *Fijar el momento consumativo del delito.*—Normalmente la consumación tiene lugar cuando se dan los elementos subjetivos y objetivos del delito, fundamentalmente la acción. Aquí se estaría en el caso opuesto a la consumación anticipada, puesto que la esencia del tipo, quebrantamiento del deber de denunciar, está realizada con independencia y anterioridad al descubrimiento del autor de la voz sediciosa. Mas esta consumación *a posteriori*, de haberse producido en toda su normal plenitud la conducta anti-jurídica y culpable, no tiene cabida doctrinal. Siendo además y sobre todo ajeno el hecho del descubrimiento a tal antijuridicidad y culpabilidad de la conducta perseguida, por lo que es de pensar que estamos en presencia de un delito de consumación normal y que la expresión legal comentada responde a otra naturaleza.

B) *Condición objetiva de punibilidad.*—Es evidente que al darse en la realidad el supuesto especial que el párrafo 2.º del artículo 296 contempla, al producirse la voz sediciosa entre la tropa y ante Jefes, éstos han de tratar de determinar quién sea el autor de aquélla. Pueden lograrlo por sí mismos, sin acudir al testimonio de los soldados o marineros, pues la localización del grito es normalmente fácil. Mas si no la obtuviesen, se impone una indagación previa, sin carácter judicial ni escrito, hecha en el acto

y sobre el terreno, al término de la cual, y si persiste la oscuridad, es cuando la ley da paso al procedimiento penal donde se esclarezca lo sucedido. Es un caso análogo al contemplado en los supuestos de riña tumultuaria en que también ha de preceder a la pena la circunstancia de que no se haya determinado el autor de la muerte o lesiones; asignándole *OSCEA* (23) el citado carácter de condición objetiva de punibilidad, por ser hecho ajeno a la acción y a la culpabilidad de los autores.

Pero, por mimetismo de los precedentes históricos y sobre todo por la obsesión de descubrir al promovedor, no sólo se mezclan en un mismo artículo participaciones diferentes (la del promovedor y la de sus presuntos encubridores), sino que, si se descubre en el acto a dicho promovedor, el grupo que se abstuvo de delatarle no sufre pena ni incluso se inicia procedimiento judicial contra el mismo; mas si tal proceso se inicia, la excusa absolutoria prolonga sus efectos respecto de tal grupo (no, naturalmente, respecto de quien, formando o no parte del mismo, sea el autor de la tan repetida voz sediciosa) para estimular la delación hasta que "se averigüe cuál sea el verdadero culpable".

Es de todo punto preciso poner límites a las muchas consecuencias rechazables que derivarían de una interpretación literal y amplia de esta excusa. Tales límites son:

a) La averiguación a que se refiere es a la tenida lugar "durante el proceso"; la anterior ya dijimos que incluso impedía éste, al faltar la condición objetiva de punibilidad de que el culpable no esté descubierto en el corto periodo anterior al inicio de la actuación judicial. Si con posterioridad a la sentencia se averigua "el verdadero culpable", se le condenará sólo a él por tal delito, o se estará en el supuesto normal de revisión (Título XXI. Tratado III del Código de Justicia Militar) si se hubiese condenado como promovedor a quien luego se demuestre no lo fué. La averiguación tenida lugar "durante" el proceso es evidente determinará que el Consejo lo condene como promovedor, de la misma manera que absolverá a quienes demuestren su inculpabilidad por ese delito.

b) "Verdadero culpable", ¿de qué delito? La frase se refiere a la culpabilidad como autor de la voz subversiva, pero los efec-

(23) *Ob. cit.*, tomo I, pág. 234.

tos de la exención se extienden no sólo al condenado injustamente como tal, sino a los que están inculpados y aún no sancionados como responsables de la sedición consistente en omitir colectiva y tácitamente concertados el cumplimiento de su deber de denunciar al promovedor que se presume conocen, estando así la denuncia que facilite el descubrimiento del promovedor —fin principal del proceso y del precepto—, a cambio de la aplicación de esta excusa absolutoria, que creemos cesa en sus efectos desde el momento en que se dicta sentencia firme, ya que no puede mantenerse indefinidamente incertidumbre jurídica después de tal momento. Y así, no descubierto el promovedor, los seis inculpados, no ya como tales presuntos promovedores, sino como sus favorecedores con el silencio guardado, serán sancionados como sediciosos si no se demuestra su inculpabilidad, ni se procuraron oportunamente su impunidad contribuyendo a la averiguación del autor de la voz subversiva.

Tal es nuestra interpretación respecto del tan criticado segundo párrafo del art. 296 de nuestro Código, al considerarlo como una norma fundamental extrapenal que no permite condenar con inculpabilidad demostrada, que desde su vigencia está inaplicada y que en su aplicación separada de la sedición propia sólo ofrece un sentido político de excusa absolutoria, pues su restante y limitado marco de aplicación está clara y holgadamente cubierto por una racional y sistemática interpretación de la segunda de las formas básicas de la sedición del art. 295, que no dejaría impune este perseguido incumplimiento de deberes.

Si, pues, en lo fundamental es redundante, en lo doctrinal reprochable y en la práctica carece de utilidad; quizás estamos en presencia de un lastre que hay que arrojar de nuestro ordenamiento penal, pues los Códigos sólo deben contener normas operantes, y no residuos de un sentido arcaico de la pena, de espaldas a los postulados éticos que informan hoy la dogmática penal.