

EL DELITO DE INFORMACION MILITAR FALSA
(ARTICULO 353, 1.º CJM) *

Antonio Millán Garrido
Teniente Auditor

SUMARIO: I. Introducción: concepto, naturaleza y delimitación de esta figura.—II. Elementos: 1. Acción, 2. Tipo de injusto: A. Elementos típicos objetivos, B. Elemento típico subjetivo: la falsedad, 3. Culpabilidad, 4. Penalidad.—III. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

El delito de información militar falsa viene tipificado en la actualidad, dentro de los delitos contra el honor militar del título XI, en el párrafo 1.º del artículo 353 CJM, donde se establece que «el militar que, sobre asuntos del servicio, diere a sabiendas informe falso de palabra o por escrito o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare incurrirá en la pena de separación del servicio o pérdida de empleo, si fuere Oficial, y si no lo fuere en la de dos a seis años de prisión militar»¹.

Objeto de estas notas es tan sólo el análisis sistemático de algunas de las cuestiones que esta figura plantea, siempre, como es lógico, sobre la base de lo que en el momento presente es la teoría del delito. Punto de partida en el mismo será nece-

* Son estas notas una síntesis del trabajo de *Derecho penal militar*, presentado en la Escuela de Estudios Jurídicos con motivo del Curso de Formación Profesional enero-julio de 1976.

¹ El párrafo 2.º añade que «si se valiere de términos ambiguos, vagos o confusos a fin de desnaturalizar la verdad, será castigado con la pena de seis meses y un día a tres años de prisión militar, si fuere Oficial, y con la de seis meses y un día a dos años de igual pena, si no lo fuere».

sariamente el Derecho positivo vigente: atenerse ante todo y sobre todo a la ley y encaminar los mayores esfuerzos a averiguar su alcance y contenido, o, lo que es lo mismo, a indagar la interpretación correcta de la norma, es tarea sin la cual, como bien pone de manifiesto RODRÍGUEZ DEVESA, toda tentativa de reforma de la legislación está condenada de antemano al fracaso². Asimismo, por tratarse de un delito configurado en gran medida por vía jurisprudencial, habrá de estarse también, en todo momento, a los principios que respecto al mismo se contienen en la doctrina de nuestro Alto Tribunal de Justicia³.

Y precisamente siguiendo a la ley, considerada como senda rectora obligatoria, aunque al mismo tiempo y de modo necesario con arreglo al Derecho supralegal⁴, se procede, como primera premisa, a la determinación de la antijuridicidad material en este delito, lo que es tarea primaria y fundamental por cuanto, como apunta MEZGER, al bien jurídico protegido del tipo concreto es la línea directriz determinante en la interpretación de dicho tipo⁵.

En este sentido, lo primero que, a nuestro juicio, está fuera de duda es que nos hallamos ante un delito pluriofensivo⁶, un

² Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *El hurto propio*, Prólogo, Publicaciones del INEP, «Monografías de Derecho Español», núm. 6, Madrid, 1946, pág. 17.

³ Vid., principalmente, las siguientes resoluciones: 9 de julio de 1896; 4 de julio de 1900; 20 de abril de 1941; 9 de diciembre de 1942; 6 de marzo de 1945; 26 de octubre de 1946; 11 de febrero de 1948; 20 de octubre de 1948; 11 de febrero de 1949; 3 de marzo de 1953; 24 de marzo de 1954; 11 de junio de 1954; 26 de febrero de 1955 («REDM», núm. 1, 1956, págs. 162-165); 24 de junio de 1955 («REDM», núm. 1, 1956, págs. 214-216); 27 de abril de 1956 («REDM», núm. 3, 1957, págs. 222-234); 17 de mayo de 1957 («REDM», núm. 5, 1958, págs. 309-312); 21 de febrero de 1958 («REDM», núm. 7, 1959, págs. 197-198); 19 de octubre de 1960 («REDM», núm. 12, 1961, págs. 306-313); 30 de septiembre de 1964 («REDM», núm. 20, 1965, págs. 134-136), y 14 de octubre de 1970 («JME», 1968-1, núm. 84, págs. 168-169).

⁴ Cfr. MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la segunda edición alemana y notas por J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, tercera edición adicionada y puesta al día por A. QUINTANO RIPOLLÉS, Edit. Revista de Derecho Privado, tomo I, Madrid, 1955, pág. 389.

⁵ MEZGER, E., o, u, c., pág. 387.

⁶ Un interesante estudio de esta categoría dogmática es el de L. DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Collana di Studi Penalistici diretta da G. BETTIOL, Nuova Serie, Volume VII, Ediz. CEDAM, Padova, 1972. Un resumen esquemático del mismo en mi recensión en «Información Jurídica», núm. 319, Madrid, octubre-diciembre, 1973, págs. 267 y s.

Defiende la autora italiana un concepto estricto de pluriofensividad tendente, sobre todo, a rebatir su equiparación con el delito vago. En ella el interés protegido necesario a la noción de delito es tan sólo aquel cuya ofensa es indispensable para que la norma pueda considerarse violada. Por ello, únicamente podrá hablarse de delito pluriofensivo frente a una norma que suponga el perjuicio a una pluralidad de inte-

EL DELITO DE INFORMACIÓN MILITAR

supuesto en que «il legislatore prende in considerazione una molteplicità di interessi e ne stabilisce l'immediata diretta tutela»⁷. En el caso presente es cierto que el honor, como sentimiento personal de estimación y de dignidad⁸, resulta afectado cuando se informa o certifica de modo falso, trascendiendo tal ofensa al núcleo social o cuerpo a que el autor pertenece (y que pueden sentirse lesionados⁹. Y tal aspecto parece destacarse en la actual normativa por cuanto el delito aparece tratado en el Capítulo único de que consta el título XI del libro II del CJM que lleva por rúbrica «Delitos contra el honor militar» y tal naturaleza no es puesta siquiera en duda por nuestros tratadistas¹⁰. Pero, además del honor militar, resulta clara en estos casos la lesión de ese bien jurídico que, de acuerdo con la terminología del Código castrense, denominamos «fines y medios de acción del Ejército», por cuanto el que informa o certifica falsamente quebranta o infringe la exactitud requerida en las funciones que con el servicio se relacionan. Eventualmente puede operarse también una lesión en la fe pública. Y asimismo ocurre con el honor, el patrimonio o, incluso, la integridad física de terceras personas que, por la información o certificación falsa, pueden resultar afectadas.

reses. Se configura de esta forma el delito pluriofensivo siempre que la ley penal tutela una pluralidad de intereses, cada uno desvinculado de los otros y de modo que la ofensa de un sólo sea posible a través de la necesaria y contemporánea ofensa del otro. Con ello, como ya señalé, esta categoría ha perdido mucha de su imprecisión, haciéndose susceptible de interesantes aplicaciones en parte especial.

⁷ Cfr. DURIGATO, L., o. u. c., pág. 9.

⁸ Cfr. USANDIZAGA MARTÍNEZ, A., *El honor y la honra como elementos sustanciales de la Milicia*, EEJ, Curso de Diploma, Madrid, 1962, pág. 3. Igualmente, en sentido subjetivo puede decirse que el honor es un «sentimiento propio y peculiar de la naturaleza humana, que tiene por base la estima personal y social de aquellos valores que más dignifican al hombre en cada momento histórico, en su connatural aspiración de perfeccionamiento» (GARCÍA SANTAOLALLA, J., *El bien jurídico protegido en los delitos contra el honor*, EEJ, Curso de Diploma, Madrid, 1975, pág. 21).

⁹ Cfr. BARCINA RODRÍGUEZ, J., *Delitos contra el honor en general. Delitos contra el honor militar, con especial referencia a los de capitulaciones deshonorosas*, EEJ, Curso de Diploma, Madrid, abril de 1956, pág. 3.

¹⁰ Cfr. DE QUEROL y DE DURÁN, F., *Principios de Derecho Militar Español, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, tomo II. «Derecho Penal Militar», Edit. Naval, Madrid, s/f, pág. 499. LANDIN CARRASCO, A., *Manual de Derecho Penal y Procedimientos Militares*, 5.ª edic., Imprenta del Ministerio de Marina, Madrid, 1963, pág. 118. USANDIZAGA MARTÍNEZ, A., trab. cit., pág. 21. BARCINA RODRÍGUEZ, J., trab. citado, pág. 80. Más concretamente se estima que este delito quebranta la lealtad impuesta por la Institución armada a cuantos sirven en ella, de acuerdo a la clasificación que hacen los autores de delitos de cobardía, delitos de deslealtad y delitos de falta de decoro (cfr., por todos, DE QUEROL y DE DURÁN, F., *Principios cit.*, tomo II, pág. 484).

Una pluralidad de bienes jurídicos protegidos no supone, sin embargo, su plena equiparación: siempre suele haber uno que domina por completo la construcción del tipo ¹¹. En el caso presente ello ocurre, al menos de lege data, con el honor militar, que aparece en el Código, desde su mismo encuadramiento sistemático, como el bien jurídico directamente protegido en este delito, no debiéndose, en consecuencia, estimar como relevante la posible lesión de otros bienes jurídicos y muy concretamente del servicio militar.

De lege ferenda, sin embargo, el planteamiento, se piensa, ha de ser otro. Debe tenerse en cuenta que la mayor parte de los delitos que se contienen en el CJM, por no decir todos, afectan al honor, entre otras muchas razones porque el actuar delictivo ya es algo en sí mismo deshonesto. Cualquier tipo de traición, rebelión, maltrato de obra a un inferior o fraude, en mayor o menor medida, atentan contra el honor militar. Sin embargo es, lógicamente, su otra objetividad, la inmediata, la utilizada en estos supuestos por el legislador para la tipificación. Lo que hace que no se consideren delitos contra el honor militar, sino contra esos otros bienes jurídicos que se estiman primordialmente tutelados. En este sentido, la categoría de los «delitos contra el honor militar» debe quedar reservada a tipos, como el de actos deshonestos con persona del mismo sexo, en los que difícilmente encontraríamos otro bien jurídico digno de protección.

Por otro lado, si se considera bien jurídico protegido en este delito al honor militar, no tiene sentido alguno limitar el objeto material de la posible declaración falsa a asuntos que sean del servicio, como hace la ley, pues dicha objetividad jurídica puede ser igualmente lesionada mediante declaraciones que nada tengan que ver con el referido servicio.

En cambio, nada parece oponerse a considerar este delito como «contra los fines y medios de acción del Ejército», por cuanto es el deber de decir la verdad que impone el servicio militar, respecto a asuntos con él relacionados, el que resulta infringido de manera directa cuando se da un informe o se emite una certificación falsos, sin perjuicio de que tangencialmente y a otros efectos se considere la relevancia de dicha conducta con respecto al honor militar ¹².

¹¹ Cfr. MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, Parte General, trad. y notas de J. CORDOBA, Edit. Ariel, Barcelona, 1962, vol. I, pág. 257.

¹² En Derecho comparado, donde tan sólo hemos podido tener en cuenta la información contenida en la «REDM», parece que lo normal es considerar este delito como «infracción contra las Fuerzas Armadas». Así la hace, por ejemplo, el art. 336 del Código Penal yugoslavo (cfr. *El Capítulo XXV del CP yugoslavo*, trad. de E. PORRES-J. SENABRE, «REDM», núm. 13, Madrid, 1962, pág. 117). Más exacta nos parece la legislación

Respecto a las relaciones con otras figuras afines, en primer lugar con respecto al *delito de traición del párrafo 9.º del artículo 259 CJM* (dar a sus superiores maliciosamente noticias contrarias a lo que supiere acerca de las operaciones de la guerra), la delimitación no ofrece dudas: cuando la noticia o informe versa sobre un asunto objetivamente relacionado con las operaciones bélicas, el autor comete el delito de traición; por el contrario, cuando la información tiene por objeto cualquier otro asunto del servicio, el precepto infringido es el art. 353, 1.º del Código castrense.

Es claro, por otro lado, que en sus relaciones mutuas, ambas figuras originan un concurso de leyes y no un concurso ideal¹³, mediando entre ambas una relación de especialidad¹⁴, por cuanto todas las características típicas de la norma general (art. 353, 1.º CJM) se hallan también en la especial (art. 259, 9, CJM), pero ésta además contiene otra característica ulterior (que la información, según se ha dicho, tenga por objeto algún asunto relacionado con las operaciones de la guerra) que es la que precisamente fundamenta la especialidad y con ello la pre-

penal militar turca (art. 134), que encuentra esta figura dentro de los «delitos contra el deber y el servicio militar» (cfr. ERMAN, S., *Los delitos militares en el Derecho turco*, «REDM», núm. 23, Madrid, 1967, página 72). Como «falsedad», pero dentro de los «delitos contra los intereses del Estado o de las Fuerzas Armadas Revolucionarias», se configura en el capítulo IV, tít. VI de la legislación cubana (cfr. *La Ley penal militar de la República de Cuba*, Ley 1.200 de 30 de septiembre de 1966, «REDM», núm. 24, Madrid, 1967, pág. 103).

¹³ En este caso, debido a la pluriobjetividad de ambas figuras, quiebra en parte el criterio del bien jurídico protegido como instrumento delimitador de ambos tipos de concurso (en caso de duda suele considerarse ideal el concurso entre tipos regidos por bienes jurídicos distintos; por el contrario, la identidad del bien jurídico protegido en los mismos origina una cierta presunción en favor del concurso de leyes), lo que no hace, sino dejar sentado, una vez más, que en esta materia «la última palabra corresponde a la relación técnica de los tipos entre sí» (MAURACH, R., *Tratado cit.*, vol. II, pág. 440).

¹⁴ Puede decirse, siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA, que entre ambos preceptos existe una relación de índole lógico-formal, por la que el especial contiene todos los elementos del general más otro u otros que lo especifican, dando lugar a la imposición de una pena, en este caso más severa (cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español*, Parte General, Cuarta edición, Madrid, 1974, pág. 156). Sin embargo, tal relación supone también un elemento de índole valorativa, por cuanto el delito de traición del art. 259, 9.º CJM contiene en sí siempre el desvalor de la información falsa del art. 553, 1.º, si bien se trata de una valoración general, derivada precisamente de esa relación lógica entre las diferentes leyes comparadas en abstracto, que caracteriza la relación de especialidad, sin que tenga nada que ver con la interpretación valorativa de carácter concreto, con arreglo a la cual debe constatararse en cada caso la relación de consunción (cfr. MEZGER, E., *Tratado cit.*, tomo II, página 382).

cedencia de la ley especial frente a la ley general¹⁵. Por supuesto, en el caso de que la declaración base de la traición del artículo 259, 9.º CJM fuese acompañada de otros informes o certificaciones falsas sobre asuntos del servicio, que no constituyan medio necesario para la comisión de aquella, estaríamos ante un concurso real de ambos delitos.

La distinción con el *párrafo 2.º del propio artículo 353 CJM* tampoco debiera plantear problemas: el delito de información militar falsa supone siempre y ante todo, como luego veremos, un falseamiento de la verdad, el decir algo que es contrario a una determinada realidad fáctica. Pues bien, si no existe esa falsedad, si no se dice nada que contrarie la verdad pero el agente trata de desnaturalizar ésta y para ello se vale de «términos ambiguos, vagos o confusos», nos hallaremos ante el tipo del art. 353, 2.º CJM.

Se trata, como en el caso del art. 332 CP, con el que este precepto guarda una relación evidente, de «alteraciones no esenciales de la verdad mediante reticencias, es decir, omisiones parciales de la verdad o frases ambiguas u oscuras que desnaturalicen el sentido de sus palabras; o mediante inexactitudes, alteraciones de la verdad que recaen sobre detalles o circunstancias accidentales de los hechos»¹⁶.

En cualquier caso, lo que debe aquí destacarse es que el párrafo 2.º del art. 353 se distingue del primero tan sólo en relación a uno de sus elementos típicos objetivos: el falseamiento de la verdad. En el primero este es total, un decir lo contrario o algo distinto de la realidad objetiva. En el segundo no tiene lugar esa falta de verdad, sino una desnaturalización de la misma mediante esos «términos ambiguos, vagos y confusos» a que el legislador alude. No hay diferencia alguna respecto a los demás elementos típicos, tanto objetivos como subjetivos: el párrafo 2.º requiere también un sujeto con la condición de militar, la desnaturalización de la verdad ha de recaer igualmente sobre asuntos del servicio, etc.¹⁷.

¹⁵ Cfr. MEZGER, E., Tratado cit., tomo II, pág. 381 y s.

¹⁶ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal conforme al Código Penal, texto revisado de 1963*, adaptado y puesto al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, tomo II (Parte Especial), vol. I, Duodécima edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1967, pág. 301.

¹⁷ La interpretación, sin embargo, de que es objeto este precepto por parte de la Jurisprudencia no puede ser más desafortunada. Un ejemplo bien significativo lo tenemos en la Sentencia de 30 de septiembre de 1964 (vid. «REDM», núm. 20, Madrid, 1965, págs.134-136). En relación a los hechos que la motivaron, el Consejo de Guerra sancionó, conforme al art. 353, 2.º, sentencia que, tras el disentimiento de la Autoridad Judicial, fue confirmada por el Fiscal Togado, porque «la aplicación del párrafo 1.º del art. 353 CJM exige que previamente haya sido encomendado al interesado una misión sobre asuntos de servicio, y que con relación al mismo se emita por aquél un informe falso de palabra o por es-

Mucho más compleja resulta la delimitación frente al artículo 356, 1.º CJM (recurrir el militar a sus Jefes produciendo queja o agravio fundados sólo en aseveraciones o imputaciones notoriamente falsas), sobre todo, cuando lo imputado es algo directamente relacionado con el servicio. En tal caso, a pesar de la identidad, al menos de lege data, del bien jurídico afectado por ambos delitos¹⁸, las relaciones entre ellos integrarán un concurso ideal, del que deriva una especial forma de penalidad de los mismos.

En cuanto al párrafo 2.º del artículo 397 CJM, como veremos no puede ser considerado una posible forma culposa, expresamente tipificada, del tipo del art. 353, 1.º. Se trata de un delito de negligencia en que la acción no es nunca el informe o la transmisión equivocada, sino la no prestación de la diligencia debida en la realización de dicha conducta.

Finalmente, la conducta del art. 353, 1.º puede entrar en *concurso con algunas infracciones del CP*. Por supuesto, con las injurias de art. 457 CP habrá un concurso ideal desde el momento que en el informe o certificación falsos o incluyan expre-

crita y en el caso de autos el pretendido servicio no existió, sino que fue falsamente creado por el autor», sin tener en cuenta que el art. 353, 2.º lo mismo que el 353, 1.º, exige que la información sea sobre actos del servicio, y sin entrar a examinar si en el caso presente fuera o no así, es lo cierto que de inexistir tal requisito el párrafo 2.º, lo mismo que el 1.º, resulta inaplicable de principio por falta de uno de sus elementos típicos objetivos, cual es que el informe o la certificación ha de versar sobre asuntos del servicio. Y si tal servicio existió es indudable que la calificación correcta hubiese sido conforme al párrafo 1.º, desde el momento que quedaba totalmente acreditado en autos un íntegro falseamiento de la verdad, ya que «el Teniente R. B., ante el temor de que la herida pudiera originarle fatales consecuencias y que ello afectara a la situación económica de sus familiares, recabó con quienes le acompañaban y de cuantos intervinieron con posterioridad que dieran la versión de que el accidente había ocurrido al caerse del caballo que montaba durante la revista a los puestos de su demarcación, versión esta que el procesado reflejó en el radiograma que dirigió al Capitán de su Compañía, y en la que se mantuvo al declarar en las diligencias previas que encabezaron estas actuaciones».

La calificación conforme al párrafo 2.º fue igualmente mantenida por el Consejo Supremo de Justicia Militar que estimó que «no puede entenderse que en esta ocasión el ánimo que impulsó al procesado a desfigurar la verdad fuera el de informar falsamente sobre asuntos del servicio, como requiere concretamente el párrafo primero del mencionado artículo, supuesto que ni siquiera existió el acto de servicio por él alegado, sino más bien alterar la verdad de los hechos con fines estrictamente privados, aunque improcedentes... por cuyo motivo su conducta tiene más correcto encaje en el párrafo segundo del art. 353 CJM, cuya redacción más amplia se refiere de forma más general al propósito de desnaturalizar la verdad en la narración de los hechos».

¹⁸ Vid. la nota 13. Lo que prueba, en suma, que son tipos con una objetividad jurídica compleja muy distante de la genérica establecida por el legislador en el título XI del Libro II del CJM.

siones proferidas en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. Si las injurias son marginales el concurso será real. Lo mismo ocurre con la calumnia del artículo 453 CP si en la declaración falsa se imputa a una persona, también de modo falso, un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio. E igualmente con el delito de acusación y denuncia falsas del art. 323 CP si, teniendo lugar el informe o la certificación falsas ante autoridad que por razón de su cargo deba proceder a su averiguación y castigo, se imputase, asimismo de forma falsa, a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían delito o falta de los que dan lugar a procedimiento de oficio. Por último, con el art. 338 CP, siendo ideal el concurso, si al darse la información falsa del art. 353, 1.º CJM, ante autoridad competente, se simulare a sabiendas ser responsable o víctima de un delito y se motivare una actuación procesal.

II. ELEMENTOS

1. *Acción.*

La acción de este delito se concreta en una información o certificación falsa sobre asuntos del servicio, si bien no debe olvidarse que la falsedad es un atributo de aquella que, como veremos, constituye un elemento típico subjetivo, a la vez que normativo, determinante de la antijuridicidad e integrado sistemáticamente, pues, en el tipo de injusto, y que la referencia a los asuntos del servicio no constituye más que una delimitación, asimismo típica, de los hechos falsos, objeto sobre el que recae dicha actividad. Por ello, la acción del art. 353, 1.º CJM consiste sustancialmente en una manifestación y, de forma más concreta, en la declaración que esos informes o certificados suponen¹⁹.

La manifestación es, en general, como nos dice WUNDT, una conducta humana y precisamente un movimiento de expresión, o sea una exteriorización sicofísica que, mediante movimientos musculares y signos perceptibles por los sentidos, da a conocer hacia fuera estados internos, ideas, sentimientos y afectos²⁰. Cuando esa manifestación (en cuyo concepto primario —sicoló-

¹⁹ Que los informes o certificados son simples posibilidades de emitir una declaración es algo que queda patente a través del propio CJM. Valga como ejemplo el párrafo 2.º del art. 749 cuando se refiere a «los testigos que hubiesen declarado por informe o certificación».

²⁰ Cfr. WUNDT, W., *Völkerpsychologie. Eine Untersuchung der Entwicklungsgesetze von Sprache, Mythos und Sitte*, I Band, Die Sprache, 1900, pág. 37.

gico— no puede incluirse la circunstancia de estar destinada a la percepción de otra persona ni la de que alguien la perciba de hecho) tiene un sentido, un contenido intelectual, podemos hablar de una declaración.

En consecuencia, por tratarse, en este supuesto, de un delito cometido necesariamente mediante una manifestación provista de contenido intelectual, esto es, mediante una declaración, lo incluimos dentro de los llamados *delitos de expresión*²¹, categoría dogmática encuadrable dentro de la más amplia de *delitos de manifestación*, integrada ésta por todos aquellos tipos redactados en forma tal que sólo pueden realizarse mediante una acción manifestadora²².

Esta acción se completa con la mera declaración del sujeto, sin requerirse un cambio externo perceptible derivado de la misma. Y precisamente por ello, porque la acción se agota en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario resultado exterior alguno, decimos que se trata de un *delito formal o de simple actividad*. Lo que, implícitamente, lleva consigo su encuadramiento dentro de los *delitos de acción en sentido estricto o propio*, que se caracterizan, frente a los delitos de omisión, por implicar su comisión la infracción de una ley prohibitiva, en este caso la norma que encierra el art. 353, 1.º CJM²³.

²¹ La denominación «delitos de expresión» (Ausserungsdelikte) ha sido empleada de modo común y general en la literatura jurídicopenal alemana, con referencia a una serie de figuras delictivas en las que la declaración se presenta como único posible medio de comisión. Un estudio bastante completo de dicha categoría dogmática es el de E. KERN, *Die Aeusserungsdelikte*, J. C. B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen, 1919. Las citas que del mismo haremos en el presente trabajo corresponden, sin embargo, a la versión castellana del mismo: *Delitos de expresión*, traducción y notas de C. A. FINZI, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1967.

²² Se utiliza aquí el término «delitos de manifestación» en un sentido amplio, como hace nuestra mejor doctrina (vid., al respecto, POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal Español*, «Anales de la Universidad Hispalense», Serie: Derecho, número 13, Publicaciones de la Universidad, Sevilla, 1972, págs. 296 y ss.). Contrariamente, para KERN, estos tipos forman una categoría más reducida que la de los delitos de expresión, de la que forman parte (o. u. c., pág. 22).

²³ La consideración de este delito como de simple actividad tiene, desde luego, un alcance práctico evidente y, en contra de la opinión de MEZGER (Tratado cit., tomo I, pág. 179), no nos parece excesiva la importancia atribuida a la distinción, sobre todo habida cuenta la interrelación entre esta cuestión y el momento consumativo del delito, que, de considerarlo material sería cuando, emitidos los informes o expedida la certificación, se produce un resultado externo que podría ser de muy distinta índole, pero constatable, en todo caso, en un daño o perjuicio al buen régimen de los Ejércitos, mientras que apreciándolo formal, el tipo penal se completa según se señala, en el momento en que el sujeto informa o certifica. No siendo posible la primera posibilidad desde el momento que aceptamos un concepto estricto de resultado: el cam-

No procede, desde luego, la consideración del problema del nexo causal en esta figura, por cuanto en los delitos formales no se necesita relación de causalidad alguna entre el movimiento corporal y un resultado que, de existir, no se tiene jurídicamente en consideración²⁴. Y, por supuesto, es impensable la comisión por omisión como forma de ejecutar el delito, por cuanto no se concibe la infracción de una ley prohibitiva, mediante la infracción de una ley preceptiva, extremo necesario para constatar un delito de comisión por omisión²⁵.

Finalmente, en cuanto a sus *sujetos*, se requiere necesariamente la condición de militar en el sujeto activo, lo que hace de éste un elemento autónomo del tipo, cuyo estudio se incluye

bio producido en el mundo externo como efecto de la manifestación de la voluntad del agente perceptible sensorialmente (cfr. RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M., DPE, PG cit., pág. 309). Y que incluso los autores que, como MEZGER (Tratado cit., tomo I, págs. 175 y ss.), construyen un concepto amplio de resultado, señalando que lo es «la realización típica exterior», comprensiva tanto de la «conducta corporal del agente» como del resultado externo» causado por dicha conducta, toman tan sólo este último como base de la distinción que nos ocupa (en contra claramente de esta opinión se manifiesta E. KERN, *ob. cit.*, pág. 50 y ss., espec. la 62, para quien «no es necesario que el resultado de una acción consista indefectiblemente en una modificación del mundo exterior». Lo que, por supuesto, le lleva a considerar que la mayor parte de los delitos de expresión exige un resultado, aunque sea únicamente el resultado de lo percibido y de lo comprendido).

Todo ello, sin embargo, no impide el que en este delito puedan apreciarse la tentativa y la frustración como grados imperfectos de ejecución. Un sujeto puede comenzar a informar (o, en su caso, a expedir la certificación) y no terminar de hacerlo por cualquier causa ajena a su voluntad, con lo que técnicamente nos encontraríamos ante una tentativa. O puede el autor hacer la manifestación de modo íntegro, pero por causa independiente a su voluntad el certificado o los informes no llegar a conocimiento del destinatario y nos hallaremos ante un supuesto de frustración. Porque el delito de información militar falsa se consuma desde el momento en que se lleva a cabo dicha información, pero esta sólo se ha realizado totalmente, de forma plena, cuando es conocida por la autoridad militar a la que se efectúa, lo que tiene lugar si los informes son verbales, en el momento en que la manifestación de voluntad es percibida por el receptor. Si son escritos, cuando llega a su poder el documento correspondiente. Consiguientemente, no parecen existir obstáculos técnicos-jurídicos que impidan apreciar la tentativa y la frustración como grados imperfectos de ejecución en este delito con independencia de la dificultad práctica que los mimos puedan presentar.

²⁴ Cfr., JESCHBECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín 1969, pág. 177. En contra, KERN, E. o. c., pág. 62.

²⁵ Cfr., RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M., DPE, PG cit., pág. 308. En contra, KERN, E., o. c., pág. 64.

dentro de los elementos típicos objetivos²⁶. Sujeto pasivo, desde luego, es el Estado, cuyo potencial bélico —la eficacia de las fuerzas armadas— se ve directamente afectado, lo que no impide que eventualmente puedan resultar lesionados otros intereses públicos, así como de índole particular, cuyos titulares deberán también tener dicha consideración.

2. Tipo de injusto.

A. Los elementos típicos objetivos del delito que estudiamos son los que siguen:

1.º La información, de palabra o por escrito, o la certificación, posibles formas, según hemos visto, de lo declarado, eje fundamental de la acción del art. 351, 1.º CJM, pero ineludible también como elemento objetivo dentro del tipo²⁷. Al respecto, hay que tener en cuenta que estos conceptos de «informe» o «certificado» tienen un carácter eminentemente normativo o, lo que es lo mismo, que es el Juez, con la valoración de una determinada situación de hecho, quien determina su alcance, contenido y exacta significación. De aquí la importancia que en estos tipos tiene, como ya hemos apuntado, la doctrina del

²⁶ Por no ser objeto de autónoma consideración, parece oportuno que en este lugar se hagan algunas indicaciones respecto a la autoría y participación en este delito.

Autor es el que se comporta conforme al art. 353, 1.º CJM, es decir «el que realiza el tipo del injusto» (RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., DPE, PG cit., pág. 668). Autor mediato será el militar que, valiéndose de un tercero (que, forzado o engañado, informa o certifica de modo falso, por lo que en su actuar no cabe apreciar siquiera una acción en sentido técnico-jurídico), realiza subjetivamente en su totalidad con dominio del acto el tipo del art. 353, 1.º CJM. No impide, pues, la autoría mediata, como pensaba BERLING, ni el que se trate de un delito propio ni que lo sea formal o de simple actividad. Sólo ocurre, eso sí, que el círculo de posibles autores mediatos sigue reducido a aquellas personas que, conforme al derecho vigente, ostenten la condición de militar (cfr., MEZGER, E., Tratado cit., tomo I, pág. 180).

Y en todo caso el autor de la información falsa lo será también de forma mediata de aquellos hechos ilícitos que otros realicen justificadamente, como consecuencia de la información recibida. Así, cuando una información falsa ocasiona, por ej., la detención de alguna persona, su autor responderá a la vez que del delito del art. 353, 1.º del de detención ilegal, dualismo de delitos que se resolverá conforme a las normas generales de concurso. Sobre el fundamento de la autoría mediata en hechos justificados, vid., MAURACH, R., Tratado cit., vol. II, página 325. Desde otro punto de vista, vid. RADBRUCH, G., *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*, en RADBRUCH, G. - SCHMIDT, E. - WELZEL, H., *Derecho injusto y Derecho nulo*, Introducción traducción y selección de textos de J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, Edit. Aguilar, Madrid, 1971, págs. 7 y ss.

Son posibles supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad. E incluso de encubrimiento, aunque sólo pueda darse en relación al párrafo 3.º, segunda circunstancia del art. 199 CJM.

Consejo Supremo de Justicia Militar. Vemos, así, como se incluyen, de forma repetida, en estos términos, las declaraciones juradas (Ss. 9 diciembre 1942, 6 marzo 1945, 20 octubre 1948, 11 febrero 1949, 17 mayo 1957, 21 febrero 1958 y 19 octubre 1960), las fichas de información (S. 11 febrero 1948), los partes (Ss. 4 julio 1900, 3 marzo 1953, 24 marzo 1954, 11 junio 1954 y 30 septiembre 1964), los certificados de inutilidad (S. 27 abril 1956), las papeletas de servicio (S. 24 junio 1955), las declaraciones en diligencias previas (S. 30 septiembre 1964) y, en general, los informes de instancias (S. 9 julio 1896), sobre asuntos del servicio (S. 22 junio 1955), etc., lo que, desde luego, no obsta para que puedan concebirse otros medios.

2.º Esa declaración ha de ser falsa en un sentido objetivo. Es decir, lo informado o certificado debe ser contrario a la realidad. Y por ello, porque no se integra el tipo objetivo, al faltar este elemento, no comete el delito del art. 353, 1.º CJM quien informa de algo que es objetivamente cierto, por muy convencido que esté de la falsedad de su información. En este caso, como es el tipo el que resulta afectado, no cabe admitir siquiera una tentativa inidónea como grado imperfecto de ejecución. Por supuesto que la determinación de este elemento objetivo ha de hacerse en relación al momento en que el agente dio el informe o expidió la certificación, siendo por consiguiente indiferente para calificar el hecho el que el contenido de la declaración pierda después el carácter objetivamente falso que tuvo al principio.

3.º El informe o la certificación ha de versar sobre asuntos del servicio, con lo cual se ha limitado en gran medida el objeto sobre el que puede hacer referencia la falsa declaración. No presenta, además, problema alguna el carácter normativo de este concepto por cuanto su interpretación —auténtica— la encontramos en el propio CJM, art. 256, donde se señala que «se considerará que son actos del servicio todos los que tengan relación con los deberes que impone al militar su permanencia en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire», precepto, por demás, sobradamente perfilado en vía jurisprudencial y tratado de forma amplia en la doctrina²⁸.

4.º Por último, ya hemos apuntado el carácter típico del sujeto activo de este delito, por cuanto se le exige necesariamente la condición de militar. Ello restringe, de forma evidente, el círculo de los posibles autores y nos lleva a considerar la

²⁷ Cfr., MEZGER, E., Tratado cit., tomo I, pág. 369. Asimismo, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., DPE, PG cit., pág. 347.

²⁸ Valga, por todos, DE QUEROL Y DE DURÁN, F., Principios cit., tomo II, págs. 258 y ss.

figura como un delito propio o especial²⁹. Incluso puede también hablarse de un delito de propia mano, dada la imposibilidad, teórica y práctica, de cometerlo por medio de un tercero.

También en este punto estamos ante un elemento normativo. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, el problema de la necesaria valoración conceptual por parte del juzgador resulta, en buena medida, solventado, dada la interpretación que el propio legislador nos ofrece en el art. 13, 1.º CJM. De él se deduce que a los efectos del Código —y, por tanto, a los de este delito— se comprenderán en la frase genérica de «militares»:

a) Los individuos pertenecientes a cualquiera de los Cuerpos, Armas o Institutos, Centros u Organismos dependientes de los tres Ministerios.

c) Los paisanos que, por disposición del Gobierno, sean movilizados o militarizados con cualquier asimilación o consideración militar efectiva u honorífica, mientras se encuentren en tal situación, perciban o no sus haberes o devengos, con cargo a los Ministerios del Ejército, Marina o Aire.

d) Los Oficiales y Suboficiales de Complemento y aspirantes a ambos empleos, cualquiera que sea su procedencia, durante el tiempo que se encuentren prestando servicio o incorporados al mismo.

e) Los alumnos de las Academias de los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire, desde la fecha de su ingreso y durante su permanencia en las mismas, si bien no se les aplicará este precepto, como ningún otro del CJM, cuando el hecho pueda castigarse como infracción de la disciplina escolar según los Reglamentos.

f) Los individuos de los Cuerpos militarmente organizados, siempre que así se consideren en sus Leyes orgánicas o presten servicios que dependan de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire.

Por el contrario, no pueden ser sujeto activo de este delito los empleados temporeros, eventuales o contratados, ni los auxiliares u operarios eventuales no filiados, de fábricas, fundiciones, arsenales, astilleros, maestranzas, aeródromos u obras militares, a los que también se refiere el artículo 13, 1.º CJM. Y ello por la sencilla razón de que no son militares, lo que se desprende de la simple lectura del precepto citado. Ciertamente este personal obrero puede, según el art. 6, párrafo 6.º CJM, quedar sometido a la jurisdicción militar por los delitos que cometan con motivo u ocasión del servicio o trabajo que presten, de la utilización o empleo del material que se les entregue, de las relaciones laborales con superiores o compañeros y de la

²⁹ Cfr., MEZGER, E., Tratado cit., tomo I, págs. 368 y ss. También RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., DPE, PG cit., pág. 347.

consideración que se les otorgue en el propio trabajo, pero esta norma, lejos de equiparar —menos aún de incluirlo— a dicho personal al «militar» —en cuyo caso bastaría con la declaración del art. 13, 1.º CJM—, se limita a establecer una competencia por razón del delito, a reservar al conocimiento de la jurisdicción militar unos hechos cometidos por personal no militar que, sin embargo, puede perturbar el orden y la disciplina en los establecimientos militares. Otra consideración, aparte de suponer una interpretación extensiva del concepto, inadmisibles a efectos penales, iría, dada la configuración de este delito como de los «contra el honor militar», en contra de la última razón de ser la norma³⁰.

B. Elemento típico subjetivo: la falsedad

El informe o la certificación, para que integren una conducta antijurídica, han de ser falsos en un sentido subjetivo, es decir, contrarios al conocimiento del autor. Sin embargo, el que la falsedad haya de ser entendida así, subjetivamente, no es algo incontrovertido. Por el contrario, integra el tema una cuestión, fundamental desde el momento que es común a un elevado número de delitos de expresión en los que dicho elemento juega un papel importante, altamente polémico. Dicha cuestión viene referida, como acertadamente destaca GALLO, a «stabilire, accantonando ogni implicazione filosofica, se il legislatore, imponendo il dovere di veridicità, abbia inteso riferirsi alla rappresentazione dei fatti nella loro obbiettiva sussistenza, aliunde desumibile, oppure a quanto di essi il testimone

³⁰ La condición no militar de este personal obrero se puso de manifiesto, si bien en referencia al delito de insulto a superior, en las Segundas Jornadas de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra (Valladolid, 1961). No obstante, destacaba L. RODILES MONREAL, en su comunicación «Los obreros civiles al servicio de Organismos Militares y el delito de insulto a superior», la necesidad, en su futuro, de incluir, llevando al art. 13 el párrafo 6.º del 6, dentro del concepto «militares» a este personal, en cuanto a los delitos contra la disciplina castrense, modificación legislativa no exenta de dificultades y consecuencias de momento no previsibles, como muy acertadamente puso de manifiesto J. IÑIGUEZ DE LA TORRE (cfr., *Insulto a superior*, Universidad de Valladolid, Burgos, 1962, págs. 34 y ss.).

El tema ha sido igualmente tratado con amplitud por F. JINÉNEZ Y JIMÉNEZ, quien, con referencia a la sedición militar, llega a la conclusión de que de lege data puede ser sujeto activo de dicho delito el personal obrero y el femenino. De lege ferenda, por el contrario, parece mostrarse opuesto a la equiparación por cuanto dichos sujetos carecen de la profesionalidad militar necesaria en estos delitos (cfr., *Contribución a una exégesis del artículo 295 del Código castrense*, EEJ, Madrid, julio 1955, págs. 22 y ss.).

ha potuto o saputo percepire con le sue facultà»³¹, o, por decirlo con TORIO, «a determinar si la falsedad consiste en una contradicción entre realidad y declaración, o, por el contrario, entre declaración y ciencia del sujeto»³², en suma, si la falsedad tiene carácter objetivo o subjetivo³³.

a) Para la *teoría objetiva* lo esencial es la confrontación entre la realidad y lo efectivamente declarado por el sujeto, siendo, por tanto, falsa la manifestación que no concuerda con la verdad objetiva. Es indiferente que la manifestación de voluntad en que la declaración consiste sea conforme o por el contrario disconforme con el conocimiento del autor. Esta postura prevalece de forma bastante clara en la doctrina germánica, donde la defienden, entre otros, VON LISZT, MEZGER, MAURACH, KOHLRAUSCH, LANGE, SCHOENKE, SCHROEDER y WELZEL³⁴, siendo además la tesis jurisprudencial, sobre todo, desde que la Sala 3.ª de lo Criminal declaró que «falsch ist der Eid, wenn die beschworene Aussage mit ihrem Gegenstand tatsächlich nicht uebereinstimmt, ohne dass es darauf ankommt, welche Vorstellung der Schwörende von dem Sachverhalt hat»³⁵. Todo lo cual es consecuencia, como recientemente ha puesto de manifiesto GALLO, del «condizionamento che nel diritto tedesco apporta la rilevanza penale della falsità testimoniale colposa, introdotta dal par. 163 dello Strafgesetzbuch»³⁶. E igual

³¹ Cfr., GALLO, E., *Il falso processuale*, en la Collana di Studi Penalistici diretta da G. BETTIOL e P. NUVOLONE, Nuova Serie, volume IX, Ediz. CEDAM, Padova, 1973, pág. 276.

³² Cfr., TORIO LÓPEZ, A., *Introducción al testimonio falso*, en Revista de Derecho Procesal, 1.ª época (continuación), enero-marzo 1965, pág. 54.

³³ Desde luego, ante una declaración conforme al conocimiento del autor, siempre se llegará al mismo resultado: la impunidad del declarante, del que informa o certifica. Sin embargo, mientras que los partidarios de la teoría objetiva van a afirmar que la conducta ha sido típica conforme al art. 353, 1.º CJM, faltando el dolo, necesario en estos delitos para que haya un actuar culpable, los defensores de la teoría subjetiva niegan ya la existencia de la tipicidad. La cuestión no es, por ello, puramente académica, sino que envuelve consecuencias prácticas inmediatas sobre todo, en el campo de la responsabilidad civil.

³⁴ Valga, por todos, WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 7.ª edic., Walter de Gruyter, Berlin, 1960, páginas 448 y ss. Un resumen bibliográfico en GALLO, E., o. c., pág. 277.

³⁵ 3.ª Strafsenats, en *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, Bd. 7, págs. 147 y ss., cit. por GALLO, E., o. c., pág. 278.

³⁶ Cfr., GALLO, E., o. c., pág. 278, quien señala también como la discusión se desarrolla en torno a la alternativa entre la teoría del delito como lesión de un bien jurídico y la que lo concibe como violación de un deber. En cualquier caso, si en el derecho positivo la cuestión parece decidida, en el terreno doctrinal la polémica sigue en pie. Así KOHLER, FLOEGEL y MAHNHEIM se declaran contrarios a la incriminación de este tipo a título de culpa. A favor se han pronunciado, entre otros, VON HIPPEL y NEUMANN. En MEZGER se destaca la íntima relación entre la incriminación del falso testimonio culposo y la teoría objetiva sosteni-

ocurre en Suiza, donde se califica una declaración de falsa desde el momento que contrarie la verdad objetiva³⁷.

En Italia, por el contrario, que sepamos, la tesis objetiva sólo ha sido patrocinada, al tratar del delito de falso testimonio³⁸, por MARSICH, quien señala que la falsedad «non consiste in una difformità tra la deposizione e la scienza, il che potrà avere rilevanza agli effetti dell'elemento soggettivo, ma nell'affermazione sia esplicita sia anche implícita di fatti o circostanze oggettive contrastanti totalmente o parzialmente con vero giudiziario accertato nel processo di falsa testimonianza»³⁹, dado que el elemento psicológico en que la falsedad consiste no puede en modo alguno entrar a formar parte del tipo sin que se confundan los dos elementos esenciales del delito, objeción que, como señala GALLO, sin dejar de ser pertinente, puede ser hoy superada, aún dentro de un esquema causalista, recurriendo a los denominados elementos subjetivos del injusto⁴⁰.

Finalmente, por lo que a nuestra literatura juridicopenal respecta, fue TORIO el primero que de forma expresa planteó el problema, igualmente con referencia al delito de falso testimonio, y se acogía al objetivismo sobre todo considerando, con respecto a dicho delito, «el tipo agravado del art 326, parr. 1.º del CP. En él la sentencia condenatoria debe ser consecuencia de la declaración falsa. Puesto que la sentencia ha de ser en tal caso injusta, es claro que como factor condicionante de ella

da. Por el contrario, para GALLAS, que sustenta la teoría subjetiva, como luego veremos, la incriminación del falso testimonio en su forma culposa no representa un obstáculo lógico para la validez de su tesis.

El falso testimonio está tipificado en su forma culposa, además de en el derecho alemán (parágrafo 163 StGB), en las legislaciones de Bulgaria (art. 223), Dinamarca (art. 160), Islandia (art. 144) y Finlandia (capítulo XVII, parágrafo 1) (*Les Codes Pénaux Européens*, Publié par le Centre Français de Droit Comparé. Comité de législation étrangère et de droit international. Pres. Marc ANGEL. Tres tomos, París, 1957-58).

³⁷ Cfr. LOGOZ, P., *Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie Spéciale II* (Art. 213 a 332), Delachaux et Niestlé, S. A., Neuchâtel, 1956, página 728.

³⁸ Necesariamente, al tratar de cualquier delito de expresión y enfrentarse a los problemas comunes que dicha categoría presenta, hemos de recurrir a los estudios realizados sobre el falso testimonio y, en menor medida, sobre las injurias, calumnia y acusación o denuncia falsa, por ser los más numerosos y donde únicamente suelen plantearse, hasta el momento, los temas que analizamos.

³⁹ Cfr., MARSICH, P., *Il delitto di falsa testimonianza* (Parte I. No tenemos, sin embargo, conocimiento de una segunda). Tipografía «Leonardo da Vinci», Città di Castello, 1928, pág. 119.

⁴⁰ Cfr., GALLO, E., o. c., pág. 820. Por supuesto todas estas cuestiones resultan muy simplificadas en el finalismo, donde, como sabemos, el dolo forma parte del tipo de los delitos dolosos, por ser un elemento esencial en la descripción de la conducta prohibida.

sólo puede tomarse en cuenta un testimonio alejado de la realidad histórica»⁴¹.

B) La *teoría subjetiva* considera, por el contrario, la falsedad como disconformidad entre el saber del autor y su manifestación de voluntad, con independencia de que ese conocimiento del autor se corresponda o no con una determinada realidad fáctica.

En Alemania lógicamente es postura minoritaria, aunque la defiendan autores como BINDING, GALLAS, GERLAND o SCHMIDHÄUSER⁴². Por contra, en Italia más que de una tesis mayoritaria debe hablarse de una opinión unánime. Ya CARRARA decía que «la falsedad de las declaraciones no debe buscarse en la proposición afirmada por el testigo, sino en las relaciones entre esa proposición y el estado de creencia de la mente del testigo»⁴³. Más modernamente, para ANTOLISEI, «falsa non è già la deposizione che contrasta con la realtà oggettiva, ma quella che contrasta con ciò che il deponente sa per averlo visto od udito»⁴⁴. En igual sentido, afirma GALLO que «falso non si ha, secondo il dato testuale, quando il teste riferisce fatti diversi da quelli accaduti, ma quando non riferisce ciò che sa intorno ai fatti del processo e su cui è interrogato»⁴⁵. Y GRIEGO, por su parte, señala como «la legge non vuole punire il contrasto tra ciò che dice il testimonio e la realtà obbiettiva, ma il contrasto tra ciò che il testimonio ha in realtà percepito e ciò che, in vece, contrariamente al vero, dichiara di aver percepito»⁴⁶. Asimismo,

⁴¹ Cfr., TORIO, A., o. c., pág. 58.

⁴² Valga, por todos, GALLAS, W., *Zum Begriff der «Falschheit» der eidlichen und uneidlichen Aussage*, en Goldt. Arch., 1957, págs. 315 y ss. Indicaciones bibliográficas sobre esta tesis en la doctrina germánica en KOHLRAUSCH, E. - LANGE, R., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43.ª edic., W. de Gruyter & Co., Berlin, 1961, pág. 380, y GALLO, E., o. c., págs. 277 y s. Que la discusión en Alemania sigue viva lo demuestra además la tentativa de SCHMIDHÄUSER de superar la contraposición mediante su teoría del deber (Pflichttheorie).

⁴³ Cfr., CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, vol. V, trad. J. J. ORTEGA y J. GUERRERO, Edit. Temis, Bogotá, 1961, página 239.

⁴⁴ Cfr. ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. II, Giuffrè Edit., Quinta edición, Milano, 1966, pág. 778.

⁴⁵ Cfr., GALLO, E., o. c., pág. 282.

⁴⁶ Cfr., GRIEGO, A., *La tutela penale del processo civile*, in Trattato del processo civile diretto da F. CARNELUTTI, Morano edit., Napoli, 1963, página 74. Entre otros tratadistas, cfr. SANTANIELLO, G., *Manuale di Diritto Penale*, Seconde edizione riveduta e aggiornata, Edit. Giuffrè, Milano, 1961, pág. 345. SANTORO, A., *Manuale di Diritto Penale*, II, Parte Speciale: Delitti contro lo Stato, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1962, pág. 523. MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Nuova edizione completamente aggiornata, Volume Quinto, Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1950, pág. 781.

parece ser tesis dominante en Francia, donde GARCON llega incluso a considerar falsa de declaración objetivamente verdadera dada en contra de la conciencia o estado intelectual del declarante ⁴⁷.

En nuestro país, han sostenido la teoría subjetiva QUINTANO ⁴⁸ y FERRER. Este último, con referencia al delito de acusación y denuncia falsas, al señalar como «quien imputase hechos a otro por el mismo no cometidos, pero sin conciencia de esa falta a la verdad, manifestaría algo incierto, pero no imputaría falsamente» ⁴⁹.

Más recientemente, defiende la tesis POLAINO que, refiriéndose a los delitos de expresión en general, afirma que «esta modalidad de delitos de manifestación requiere, de modo ineludible, el supuesto de una contradicción entre un determinado conocimiento (situación interior) por parte del sujeto y la (externa) declaración del mismo en términos tales que se desvíe del presupuesto cognitivo» ⁵⁰, con lo que hace de dicha divergencia precisamente la nota esencial de aquella categoría dogmática.

Por mi parte, también, en anterior oportunidad, refiriéndome al delito de acusación y denuncia falsas, tuve la posibilidad de analizar la cuestión y opté por la tesis subjetiva ⁵¹. En aquella ocasión se realizó un breve examen de nuestro Derecho positivo ⁵², poniéndose de manifiesto como, por lo que al falso testimonio respecta, la configuración subjetiva viene determinada por la referencia del ánimo de perjuicio o favorecimiento que proclama el empleo de la locución legal «en» necesariamente valorada en sentido final conforme a una sistemática consideración de su uso en nuestro Código ⁵³, la implícita finalidad de ofensa al calumniado requerida para que se integre el delito de calumnia ⁵⁴, así como que el vocablo «falsamente» utilizado

⁴⁷ Cfr., GARCON, E., *Code Pénal annoté*, Nouvelle édition refondue et mise à jour par M. ROUSSELET, M. PATIN et M. ANGEL, tome deuxième (Art. 295 a 401), Lib. Sirey, París, 1956, pág. 414. La tesis contraria parece ser sostenida, aunque no de forma clara, por J. LARGUIER, *Droit Pénal Spécial*, Dalloz, París, 1975, pág. 67.

⁴⁸ Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, vol. I, «Infracciones contra las personas», Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, pág. 1.031.

⁴⁹ Cfr., FERRER SAMA, A. *El delito de acusación o denuncia falsa*, en «Homenaje a Don Nicolás Pérez Serrano», Inst. Edit. Reus, Madrid, 1959 vol. II, pg. 360. En el mismo sentido, cfr., sus *Comentarios al Código Penal*, vol. III, Murcia, 1948, pág. 402.

⁵⁰ Cfr., POLAINO NAVARRETE, M., o. c., pág. 302.

⁵¹ Cfr., MILLÁN GARRIDO, A., *El delito de acusación y denuncia falsas*, en «Información Jurídica», núm. 317, Madrid, abril-junio 1973, páginas 13 a 50.

⁵² Cfr., MILLÁN GARRIDO, A., trab. cit., págs 29 y s.

⁵³ Cfr., POLAINO NAVARRETE, M., o. c., pág. 305.

⁵⁴ Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS, A., o. c., págs. 1.030 y ss. POLAINO NAVARRETE, M., o. c., pág. 303.

en el artículo 325 CP impide cualquier otra conclusión con respecto a la acusación y denuncia falsas, pues como FERRER señala «la voz falsedad, en sentido penal, presupone la falta de verdad de manera consciente»⁵⁵.

A la misma conclusión se llega ahora en relación al delito de información militar falsa, cuya configuración subjetiva en el CJM aparece de forma clara. El informe falso, es decir, el informe contrario a la verdad objetiva, ha de darse «a sabiendas» o lo que es lo mismo, contrariando el autor su conocimiento. Con la misma nitidez se señala que el certificado ha de expedirse «en sentido distinto al que le constare» al agente.

Y resulta también evidente que para nada tendría que haber hecho uso el legislador de estos dos elementos subjetivos —concretados en la falsedad— si no fuese porque lo que quiere contemplar no es tanto una declaración objetivamente falsa, cuanto contraria al conocimiento del agente, subjetivamente falsa. Esta y no aquella es la conducta que el legislador quiere evitar y por ello tipifica⁵⁶. Aparte de que, como ya he señalado anteriormente, si bien allí en relación a la administración de Justicia, el ordenamiento jurídico no debe contemplar, a estos efectos, la verdad objetiva —que nunca podría ser exigida de modo radical—, sino la verdad «del sujeto, la subjetiva, la que, en definitiva, dicho sujeto conoce por haberla visto u oído»⁵⁷.

3. *Culpabilidad.*

El *dolo* en este delito se concreta en el conocimiento del tipo de injusto y en la voluntad de realización del mismo.

Por ello, para que pueda hablarse de una comisión dolosa, es ante todo necesaria la voluntad de dar el informe a sabiendas de su falsedad o de expedir la certificación en sentido distinto al que le constare, resultando el *dolo* excluido por error de tipo siempre que el autor obre convencido de la certeza de su información⁵⁸. Lo que ocurre es que en estos supuestos no

⁵⁵ Cfr., FERRER SAMA, A., Comentarios cit., pág. 402.

⁵⁶ Y es que, como observa GIMBERNAT, el tipo tiene una función motivadora, teniendo en él cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar: «la problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar» (cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en «Estudios de Derecho Penal», Civitas, Madrid, 1976, pág. 94).

⁵⁷ Cfr., MILLÁN GARRIDO, A., trab. cit., pág. 29.

⁵⁸ Sobre el error y la distinción entre error relativo al tipo y el referente a la prohibición, vid. CÓRDOBA RODA, J., *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1962, páginas 17 y ss. Sobre el tema, con referencia a los delitos de expresión, vid. KERN, E., o. c., págs. 93 y ss.

habrá lugar a aplicar la teoría del error desde el momento que, por no darse la falsedad requerida en el tipo, no estamos ante una acción típicamente antijurídica susceptible de ser calificada de cara a su autor⁵⁹.

Por contra, el planteamiento respecto a los demás elementos del tipo es distinto. Y así excluye realmente el dolo la convicción de que la materia objeto del informe o la certificación falsos no podía ser considerada «acto del servicio». Más discutible sería la relevancia de un posible error del agente sobre su propia condición de militar. No excluiría, desde luego, el dolo el hecho de que el informe o la certificación falsos se realicen para atenuar la responsabilidad en algún hecho del que considera su autor no debe hacerse responsable.

Finalmente, respecto a estos elementos objetivos del tipo, no cabe excluir de modo radical la posibilidad de dolo eventual ya que el conocimiento exigido por las fórmulas «a sabiendas» y «en sentido distinto al que le constare» se refiere al elemento subjetivo, es decir a la falsedad, sin que afecte a los demás elementos típicos.

En cuanto a la *culpa*, aparte de que, al no existir en la legislación castrense una cláusula general de incriminación de la imprudencia, es necesaria la tipificación expresa de toda conducta culposa que quiera ser considerada relevante a efectos penales, el delito del art. 353, 1.º CJM debe ser considerado esencialmente doloso. Ello como consecuencia del tipo subjetivamente configurado que contiene y que lleva a considerarlo un delito de expresión en los términos ya expuestos⁶⁰. Por otra

⁵⁹ No entro, desde luego, en la espinosa cuestión de, una vez admitida (da lo mismo para ello que se siga una dirección finalista que causalista, con reconocimiento en este caso de la teoría de los elementos subjetivos del injusto) la presencia del dolo en el tipo, averiguar su relevancia en el plano de la culpabilidad. En Alemania parece en este punto ser dominante la tesis de ROXIN, para quien el dolo pertenece al tipo y a la culpabilidad (cfr., ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción e introducción de F. MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1972, págs. 80 y s). Destaca, sin embargo, al respecto, GIMBERNAT como esta tesis complicaría hasta tal punto la teoría jurídica del delito que se vería gravemente perturbada una de las mayores aportaciones de esa teoría: la de constituir un esquema clasificador y diferenciador para abordar y abarcar toda la complejidad de la Parte General. En contra de esta tesis de la «doble relevancia del dolo» que ROXIN patrocinara, propone GIMBERNAT una solución más sencilla: el dolo únicamente pertenece al tipo y no tiene nada que ver con la culpabilidad (cfr., GIMBERNAT ORDEIG, E., *El sistema del Derecho penal...*, cit., página 99).

⁶⁰ Para KERN, en cambio, la pregunta de si todos los delitos de expresión pueden cometerse exclusivamente en la forma dolosa debe contestarse en sentido negativo. Para este autor, desde el punto de vista jurídico, puede pensarse sin más en una manifestación culposa provista de un contenido determinado. Otra cuestión es si el derecho vigente

parte, ya hemos señalado como el art. 397, 2.º CJM⁶¹ es un delito distinto del tipificado por el art. 353, 1.º y nunca una posibilidad, en determinadas circunstancias, de comisión culposa de aquél.

4. *Penalidad.*

La penalidad —separación del servicio o pérdida de empleo, si fuere Oficial, y prisión militar de dos a seis años, si no lo fuere— parece excesiva, sobre todo, para tiempo de paz. De lege ferenda y tenida en cuenta la objetividad jurídica real en este delito —el servicio militar y, de forma mediata, la eficacia de las fuerzas armadas como potencial bélico del Estado—, parecería lo más lógico, haciendo distinción del tiempo y circunstancias de comisión de este delito, fijar para época de paz y normalidad una penalidad más acorde con la naturaleza del delito, que, por supuesto, no debería exceder de un año de prisión. Si bien, teniendo en cuenta fundamentalmente la gravedad de la información falsa, podrían establecerse, tras esa pena mínima básica, circunstancias especiales que la agravarían limitadamente. Insisto, sin embargo, en que la agravación se haría atendiendo a la gravedad del informe o la certificación que se han dado y nunca tomando como módulo las consecuencias que tal conducta haya originado⁶². En cambio, la penalidad se agravaría de forma considerable para tiempo de guerra o anormalidad política, si bien hay que tener presente que en tales circunstancias el hecho integrará casi siempre tipos de mayor gravedad, con lo que no sería de aplicación el art. 353, 1.º CJM.

Ni que decir tiene que el dualismo, a estos efectos existente, entre la pena del Oficial y del «que no lo es» (aquí queda necesariamente integrada la Suboficialidad), fruto de la decimonónica concepción del honor que informa nuestro CJM en este punto, debe desaparecer. La pena ha de ser única. Y, si acaso, considerar atenuante la no profesionalidad del autor de este tipo de delito, mucho más reprochable al militar profesional (Oficial, Suboficial o, incluso, en su caso, clase de Tropa) que

admite estos delitos de expresión culposos o sea si establece penas para tipos de expresión cometidos culposamente (cfr. KERN, E., o. c., pág. 91).

⁶¹ Sanciona dicho precepto con pena de prisión militar al que por negligencia transmite equivocadas a buque o aeronave u otra unidad militar las marcaciones o señales a que esté obligado, siempre que fuese en tiempo de guerra o se produjesen perjuicios de importancia para el servicio.

⁶² Como hace el art. 336 del Cp yugoslavo, en su párrafo segundo, al señalar que «si la infracción prevista en el párrafo 1 del presente artículo (partes e informes falsos) entrañara consecuencias graves, el delincuente será castigado con prisión severa por diez años como máximo» (cfr., El cap. XXV del Cp yugoslavo cit., REDM, núm. 13, pág. 117).

de modo voluntario ha ingresado en el Ejército y permanece en él.

Finalmente, a falta de un apartado específico, vamos a concluir estas notas abordando la cuestión relativa a la significación de la *retractación*, como peculiar posibilidad de arrepentimiento en todos los delitos de manifestación.

La retractación, que consiste, según KERN, en «cualquier declaración en que quien declara expresa que ya no mantiene algo que había dicho»⁶³, no produce más efectos que aquellos que la ley quiere concederle expresamente.

En Derecho Comparado es muy frecuente considerar a esta circunstancia como una atenuante impropia específica. Incluso se configura en algún Ordenamiento como una verdadera excusa absolutoria⁶⁴.

En nuestro Derecho, al no estar prevista tal posibilidad⁶⁵, la retractación sólo puede tener cabida en la atenuante 9.ª del artículo 9 CP («la de haber procedido el culpable, antes de conocer la apertura del procedimiento judicial y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las Autoridades la infracción»), de redacción casi idéntica a la del apartado 7.º del art. 186 CJM, que facultará al Tribunal para imponer la pena en el grado mínimo o la inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado. De lege ferenda, sin embargo, debería considerarse la posibilidad

⁶³ Cfr., KERN, E., o. c., pág. 103.

⁶⁴ Así, con respecto al delito de falso testimonio, ocurre en el Código penal italiano. Señala, en efecto, su artículo 376 que «nei casi preveduti dagli articoli 372 e 373, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio, ritratta il falso e manifesta il vero prima che l'istruzione sia chiusa con sentenza di non doversi procedere, ovvero prima che il dibattimento sia chiuso, o sia rinviato a cagione della falsità» (de *I Codici penali*, con la costituzione e leggi varie, annotati a cura di G. LATTANZI, Quinta edizione, Giuffrè Edit., Milano, 1968, pág. 495). Junto al italiano, se observa que admiten la retractación como eximente o excusa absolutoria los Códigos penales de Bulgaria (art. 224), Grecia (art. 227), Finlandia (cap. XVII, 7), Polonia (art. 142), Portugal (art. 239) y Suiza (art. 308), entre los europeos (cfr., *Les Codes Pénaux Européens* de M. ANGEL, cit.), y los de Brasil (art. 342, 3.º), Colombia (art. 195), Costa Rica (art. 400), Cuba (art. 282), Panamá (artículo 190), Perú (art. 334) y Venezuela (art. 245), entre los iberoamericanos (cfr., JIMÉNEZ DE ASUA, L. - CARSÍ ZACARES, F., *Códigos penales iberoamericanos*, 2 volúmenes, Edit. «Andrés Bello», Caracas, 1946). Como atenuante es regulada por los textos legales punitivos de México (artículo 248), Paraguay (art. 190) y Uruguay (art. 181). Asimismo, en los Códigos yugoslavo y alemán (par. 158 StGB).

⁶⁵ Lo que es lógico habida cuenta de la consideración legal, como bien jurídico protegido, del honor militar, al que en nada afecta la retractación. El planteamiento, por supuesto, habrá de ser otro desde el momento que se estime al servicio como la real objetividad jurídica de esta figura.

de establecer una atenuante específica, que bien podría considerarse como muy cualificada, o incluso una excusa absolutoria, en base a evidentes razones técnicas y de política criminal, para aquél que, después de informar o expedir certificación en sentido falso, conforme al art. 353, 1.º CJM, se retracte y manifieste la verdad, a tiempo de evitar los perjuicios que, a falta de tal conducta, habrían de seguirse para el servicio de las fuerzas armadas.

III. CONCLUSIONES

Partiendo del análisis del contenido material de injusto (antijuridicidad material), se pone de manifiesto la pluriofensividad de esta figura. Bien jurídico, sin embargo, primordialmente protegido y, por tanto, rector del tipo, es, en la actual normativa, el honor militar, aunque se estime que, de lege ferenda, este delito debería ser legislativamente configurado como «contra los fines y medios de acción del Ejército» por constituir el servicio militar su real objetividad jurídica.

Con base en la acción, se estima que en el art. 353, 1.º CJM se tipifica un delito de expresión, categoría dogmática incluida dentro de la más amplia de delitos de manifestación. Se trata, asimismo, de un delito de acción en sentido estricto o propio y, más concretamente, formal o de simple actividad, por lo que no es concebible su comisión por omisión. Ello, sin embargo, no supone, en forma alguna, un obstáculo técnico-jurídico que impida apreciar en esta figura la tentativa y la frustración, como grados imperfectos de ejecución.

En el tipo de injusto se consideran elementos típicos objetivos la información, su divergencia con la realidad histórica (falsedad en sentido objetivo), el hecho de recaer sobre asuntos del servicio, así como la condición de militar que necesariamente ha de concurrir en el sujeto activo, lo que lo convierte en un delito propio o especial. Elemento típico subjetivo es la falsedad subjetivamente considerada, o sea, la contradicción entre lo conocido e informado o certificado por el agente, conclusión a la que se llega tanto por razones de justicia material como de derecho positivo.

Es un delito esencialmente doloso, dados su configuración subjetiva y carácter intencional. Ello haría en todo caso imposible su comisión por imprudencia, sin que pueda considerarse en modo alguno, como forma culposa expresamente tipificada, el supuesto contenido en el párrafo 2.º del art. 397 CJM.

La penalidad parece excesiva, sobre todo, para tiempo de paz, e injustificada por lo que al dualismo que establece se refiere.

La retractación de la falsedad, peculiar posibilidad de arrepentimiento en todos los delitos de manifestación, sólo puede tener cabida en la atenuante 7.ª del art. 186 CJM. De lege ferenda, sin embargo, en base a argumentos de política criminal así como de derecho comparado, la retractación debería ser configurada como una excusa absolutoria o, al menos, como una atenuante muy cualificada.

Finalmente, por lo que a autoría y participación respecta, independientemente de la dificultad práctica de dichos supuestos, es concebible la autoría mediata tanto en este delito como respecto a otros, utilizando en este caso, como medio, la propia información. Es difícil el encubrimiento, pero no posibles supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad.