

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

Por Ramón BLECUA FRAGA

Teniente Coronel Interventor de la Armada
Profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCION

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La problemática de los secretos de Estado, dentro de los que se encuentran los secretos militares, ha sido poco estudiada desde el punto de vista jurídico-penal y realmente entendemos que se trata de una materia de importancia, acerca de la cual han de tener los miembros de las fuerzas armadas unos conceptos claros, sin perjuicio de la especialización propia de quienes de modo preferente han de ocuparse de estas cuestiones.

La actividad informativa es un hecho que no puede desconocerse y, sin extendernos en otras consideraciones, es evidente que nuestra nación, como cualquier otra, puede verse amenazada por un ataque armado proveniente de otra potencia extranjera, a la que le resultaría de gran utilidad disponer de los datos más completos sobre nuestra eficacia bélica, sobre nuestros recursos esenciales y centros neurálgicos, desarrollo industrial y científico, etcétera (1). Por ello, es preciso contar con unos dispositivos de seguridad que formen la cobertura adecuada para evitar que informaciones de vital importancia para la nación sean divulgadas o transferidas a personas no autorizadas, lo cual requiere una facultad por parte de los poderes públicos para definir el

(1) «La victoria acompaña al que primero destruya los centros vitales del adversario y ello depende de un perfecto conocimiento de sus recursos esenciales, lo que implica un espionaje intenso en tiempo de paz, ampliado a las actividades, no sólo militares, sino políticas y económicas de la futura víctima (J. LEAUTE: *Secret militaire et liberté de la presse*. Strasburgo, 1957).

carácter secreto y reservado de una determinada materia, que se pone a cubierto de posibles indiscreciones, disponiéndose de una normativa de carácter administrativo y penal, las primeras de naturaleza preventiva y las segundas de tipo represivo.

Los secretos de Estado abarcan un amplio espectro, que brevemente vamos a apuntar:

a) *Militares*: Si afectan a las fortificaciones, planes de operaciones de las fuerzas armadas, armamento, equipo, material, medios de combate, sistemas de aprovisionamiento y otros medios de apoyo a la fuerza, etc.

b) *Diplomáticos*: Si se refieren a las medidas que procedería adoptar con ciertos países en determinadas circunstancias, juicio que merecen, según las informaciones de nuestro personal diplomático, acuerdos y tratados internacionales en cuanto a cláusulas reservadas, etc.

c) *Políticos*: Relativos a normas y planes para el mantenimiento de la seguridad interior del Estado, protección de autoridades y organismos superiores de la nación, seguridad ciudadana y orden público, etc.

d) *Industriales*: Es cada vez más necesaria la atención a aquellos conocimientos científicos y procesos industriales de interés para la defensa nacional y material de guerra, debiendo el Estado disponer de un control que impida, en ciertos casos, la transferencia de patente al extranjero e, incluso, su explotación por la industria privada, previa la correspondiente compensación.

e) *Económicos*: Concernientes a planes a desarrollar en determinados sectores de la economía nacional y fuentes de riqueza vitales para la nación.

Si bien la mayoría de las legislaciones penales aluden en la descripción de las figuras delictivas a los secretos de Estado, en general, hemos comprobado que desde la iniciación de la época codificadora se ha venido haciendo especial referencia a secretos propiamente militares. Así por ejemplo, en nuestro primer Código Penal de 1822 se castigaba con graves penas al funcionario público que estando encargado por razón de su oficio del depósito de *planos o diseños de fortificaciones, puertos o arsenales*, entregare a sabiendas alguno a los agentes de potencia extranjera, castigando también a la persona no cualificada que lograra sustraer o descubrir estos secretos por medio del soborno, seducción, violencia o fraude (art. 257). En el Código de 1848 se castiga el suministro al enemigo de *planos de fortalezas o de terrenos*, datos o noticias que le favorezcan.

En la legislación extranjera (histórica) podemos citar en este sentido la ley alemana de 3 de julio de 1893, sobre violación de *secretos militares*, modificada en 3 de junio de 1914, y la ley francesa de 18 de abril de 1886, substituida por la de 26 de enero de 1934, en la que ya se contemplan formas de *espionaje en campaña* y la prohibición de levantar planos topográficos en las proximidades de *plazas fuertes y el franquear zonas de seguridad de obras de defensa y establecimientos militares*.

2. NOCION DE SECRETO MILITAR

Definimos el secreto militar como todo dato, conocimiento, objeto o procedimiento (se encuentre o no materializado en instrumento tangible) que afecte a la eficacia o preparación defensiva u ofensiva, de las fuerzas armadas y deba de ser guardado en interés de la defensa militar de la Patria.

En primer término hemos de destacar el carácter espiritualista del secreto, ya que durante mucho tiempo se vino ligando el secreto al documento que lo contiene, llegándose a situaciones inexplicables, pero históricas, como el caso resuelto por un tribunal francés en el que un militar fue acusado de suministrar cartuchos de pólvora, marca «Lebel», a agentes de potencia extranjera, teniendo que equiparar este producto a documento, a fin de poder condenar al culpable (2).

Ciertamente en general los secretos pueden incorporarse a un escrito u otro instrumento físico, que se archiva y custodia en cajas de seguridad, que a su vez se alojan en lugares dotados de especial vigilancia; pero en otros casos esto no es posible y no por ello puede renunciarse a la protección legal, en razón al grave perjuicio que tal divulgación puede acarrear a la nación. En tal sentido es significativa la ampliación del objeto material de los secretos, bautizado con el nombre de espionaje abierto, en la doctrina francesa, y teoría del mosaico, en la doctrina alemana, ya que se trata de informaciones que pueden recogerse por cualquier observador, tales como concentración de efectivos militares, levantamiento de planos topográficos, etc., y se transmiten a otra potencia, o a sus agentes.

El objeto jurídico se centra en la defensa militar de la nación, que constituye la razón de ser de los Ejércitos, según proclama el artículo 3 de las Reales Ordenanzas de 28-12-78, los cuales se hallan en alerta permanente velando por la seguridad de la Patria. Sin embargo, es preciso recalcar que la defensa militar aunque supone un componente esencial de la defensa nacional, no puede confundirse con ésta, se encuentran en la relación de gé-

(2) A. Salinié, Sentencia de 24 de enero de 1889.

nero a especie, y así lo define la reciente Ley de criterios básicos de la Defensa Nacional, de fecha 1 de julio de 1980, cuando señala que su finalidad es garantizar de modo permanente la unidad, soberanía, independencia de España, su seguridad e integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, mediante la acción coordinada de todas las energías y fuerzas materiales y morales de la nación ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin (art. 2).

Entiendo que las constantes referencias en el vigente Código de Justicia Militar a los secretos e informaciones que interesen a la defensa nacional, deberían ser modificadas en el sentido de concretarse a la defensa militar para adecuarse al cometido que le es propio y sin perjuicio de otras reformas en sus preceptos, en que la materia de los secretos se halla tratada de forma dispersa y anárquica, como luego veremos.

El objeto material de los secretos militares está determinado por aquellas materias que se refieren a la eficacia y preparación de las fuerzas armadas y no deban de trascender más allá del círculo de personas que por razón de su cargo tengan que conocer de los planes, programas, desarrollo e investigaciones técnicas, armamento, construcciones, sistemas de apoyo logístico, adiestramiento de unidades, preparación del personal, etc.

La organización militar cuenta con los servicios de seguridad correspondientes para evitar la fuga de la documentación secreta o reservada, y con personal de vigilancia en los centros y establecimientos que por su naturaleza lo requieran.

Como advierte Turpault, la noción del secreto de Estado requiere ser continuamente revisada, rectificada y ampliada; ajustándonos al secreto militar, objeto de nuestro estudio, y teniendo en cuenta la complejidad de cuestiones que plantea desde el punto de vista jurídico, ha merecido la atención del Instituto de Ciencias Criminales y Penitenciarias de Estrasburgo, dando lugar a unas reuniones de trabajo, que se celebraron en el año 1955, a las que asistieron especialistas de Derecho penal y de Derecho militar y se recogieron en un libro, publicado dos años más tarde por J. Leaute, bajo el título «*Secret militaire et liberté de la presse*».

Las cuestiones que han sido examinadas por los congresistas han sido fundamentalmente:

- A) Procedencia de una definición legal del secreto de la defensa nacional.
- B) Diferenciación entre el referido secreto y otros que afecten al Estado.
- C) Si la autoridad administrativa puede completar la definición legal por vía de decretos y otras resoluciones.

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

- D) Conveniencia de extender la protección del secreto a países aliados.
- E) Intervención de la Administración en los procesos judiciales sobre la materia y posible vinculación del juez a su dictamen.
- G) Si la jurisdicción (ordinaria o especial) ha de atenerse a la previa declaración de secreto, por la Administración.
- H) Tratamiento penal del llamado espionaje periodístico.

Las legislaciones que con posterioridad a este Congreso han modificado las disposiciones relativas a los secretos de Estado han sido las de Francia y República Federal Alemana, tratando de dar respuesta a algunos de los problemas debatidos; por ello, al constituir la normativa más reciente sobre la materia, haremos un comentario a su articulado.

A) FRANCIA (*legislación penal*)

La legislación penal francesa puede anotarse el mérito de haber construido toda la normativa de protección de los secretos de la defensa nacional en la sección segunda del primer capítulo, título primero, libro tercero del Código, que, a partir de la reforma de 4 de junio de 1960, lleva la rúbrica general de «Crímenes y delitos contra la seguridad del Estado».

Hemos de advertir que determinadas conductas relacionadas con tal materia, quedan sustraídas a dicha regulación en razón a la finalidad que persigue el sujeto activo (perjuicio a la defensa nacional o favorecimiento a potencia extranjera), en cuyo caso integran el crimen de traición (si lo comete un nacional o miembro de sus fuerzas armadas) o el de espionaje (si el culpable es de nacionalidad extranjera o apátrida), a tenor de lo dispuesto en los artículos 72 y 73 del Código Penal. Por consiguiente, el espionaje no aparece indisolublemente vinculado a los secretos de Estado, para lograr una autonomía que indudablemente le correspondía, poniendo término al confusionismo todavía existente en muchas legislaciones.

El sujeto activo de los delitos comprendidos en la sección segunda, «Otros ataques a la defensa nacional», puede ser tanto un nacional como un extranjero, sin que ello implique una agravación en la penalidad, salvo que se trate del depositario por razón de la función o cualidad del informe en cuestión.

El legislador francés elude la definición de lo que ha de entenderse por secreto de la defensa nacional, cuya determinación compete a los Tribunales; sin embargo, interesa señalar que el objeto de protección no queda limitado a dichos secretos, sino que, siguiendo la línea actual, se amplía a las informaciones militares no hechas públicas por la autoridad competente o cuya divulgación sea de naturaleza manifiesta a perjudicar a la defen-

sa nacional (art. 78), así como a los inventos que interesan a la defensa nacional y a los procesos de fabricación relativos a invento o aplicación industrial que afecte a la misma (art. 77). En este aspecto tiene interés el castigo de las inteligencias sostenidas con agentes extranjeros que por su naturaleza puedan perjudicar la situación militar o diplomática de Francia o sus intereses económicos esenciales (art. 80, núm. 3).

El objeto material queda concretado en: informes, objetos, documentos o procedimientos, con lo que parece aferrarse a la materialidad del continente, cuando sería más adecuado referirse a conocimientos, estén o no recogidos en un objeto material.

La acción comprende todo el proceso de la actividad informativa, como la búsqueda, apropiación, transmisión, divulgación y destrucción de las informaciones protegidas por razón de interés nacional (art. 76), incluyéndose las conductas omisivas (dejar sustraer, dejar destruir).

Se incriminan unas conductas que tradicionalmente venían considerándose como espionaje indiciario, en el sentido de que hacían suponer que quien las llevaba a cabo pretendía lograr informaciones con vistas a transmitir las a otra potencia:

a) Introducción bajo falso nombre o disfraz en establecimientos militares o instalaciones que interesen a la defensa.

b) Organización de un medio de transmisión a distancia ocultamente susceptible de perjudicar a la defensa nacional.

c) Toma de fotografías de instalaciones que afecten a la defensa.

d) Sobrevolar territorio francés por aeronave extranjera sin la autorización correspondiente.

e) Estacionamiento prohibido en un radio determinado próximo a establecimientos defensivos.

f) Comunicación de medidas tomadas para descubrir a autores y cómplices de delitos comprendidos en las secciones I y II del capítulo primero, y a la marcha de las pesquisas e instrucción de causas ante la jurisdicción competente (art. 79).

Presenta singular importancia el examen del artículo 74 que representa una figura puente entre los crímenes de la sección I y los delitos de la sección II, ya que castiga al que con intención de entregarlos a potencia extranjera, acopia informes, objetos, documentos o procedimientos, cuya reunión o explotación sean de naturaleza a perjudicar a la defensa nacional. Se ha querido dar entrada al denominado espionaje abierto, extendiendo la protección a informaciones que no revisten el carácter de secreto

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

por la sencilla razón de que pueden desarrollarse los acontecimientos a la vista de cualquier curioso, como sería el movimiento de efectivos militares, su concentración en zonas fronterizas o conflictivas, así como la toma de fotografías o levantamiento de planos en lugares de la costa, a gran escala, pero hechos de tal forma que puedan facilitar un eventual desembarco.

En consecuencia, hemos de indicar que se produce una gran ampliación en materia de secretos de la defensa porque el legislador prescinde de aquel elemento que suponía la clandestinidad, hoy estos delitos pueden cometerse por cualquier medio. Además, las informaciones no precisan la guarda por un número reducido de personas, según dice el artículo 74, y su comisión puede ser tanto dolosa, como culposa, como reconoce expresamente el último párrafo del artículo 75.

Las disposiciones comentadas sobre protección de los secretos e informaciones concernientes a la defensa nacional pueden extenderse también a las de los Estados de la comunidad francesa y a los países aliados o amigos de Francia, tanto en tiempo de paz como en época de guerra, si así lo acuerda el Gobierno, mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros y previo informe del Consejo de Estado (art. 103).

B) *REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA* (*legislación penal*)

El Código penal alemán modificó los preceptos dedicados a los secretos de Estado y en general a los delitos contra la seguridad exterior del Estado, por Ley de 18 de julio de 1968.

Concretándonos al tema que nos ocupa, destacaremos tres cuestiones que son abordadas por la reforma:

- a) el concepto legal de secreto de Estado;
- b) tratamiento penal del llamado secreto ilegal;
- c) el problema de la sanción al espionaje periodístico.

a) El legislador alemán ha seguido el criterio de definir el secreto de Estado como «hechos, objetos o conocimientos de exclusivo acceso a un reducido número de personas, que deben de guardarlo frente a una potencia extranjera para evitar el peligro de un grave perjuicio para la seguridad exterior de la República Federal Alemana».

Son dignas de destacar las siguientes notas:

a') Su proyección marcadamente internacional, ya que se aprecia el claro propósito de proteger la independencia y soberanía de la nación frente a una potencia extranjera, en tal sentido

se opera una primera restricción del concepto expuesto, ya que otro tipo de secreto que no atente a la seguridad exterior del Estado, no es objeto de punición con arreglo a este precepto. Hemos de advertir que no ha de contemplarse sólo la guerra de agresión o intervención armada, sino también otras formas de enfrentamiento, tales como bloqueos, etc., pero en todo caso de tal entidad que merezcan el calificativo de graves.

b') La amplitud con que se concibe su objeto, que abarca no sólo objetos, sino también conocimientos, con lo que se evitan los inconvenientes aludidos cuando se pretende una equiparación a documentos o elementos materiales, lo que resultaría insostenible.

c') La referencia al reducido número de personas viene a contraponerse al denominado espionaje abierto, que con la titulación de actividad de agentes de servicios secretos, toma carta de naturaleza en el parágrafo 99 del Código penal, como luego veremos.

Se califica como *alta traición* la comunicación de un secreto de Estado a una potencia extranjera o a sus intermediarios con el fin de favorecerla o para perjudicar a la R.F.A. Se destaca aquí el «*animus hostilis*», que tantos problemas plantea en el orden probatorio y tanta trascendencia tiene en cuanto a la sanción penal.

Se castiga también a quien transmita dicho conocimiento a persona no autorizada o al público, con idéntico fin.

La penalidad que, en general, se fija en prisión no inferior a un año, sufre una agravación que puede llegar a cadena perpetua en los supuestos de obrar el sujeto con abuso de cargo, destino o posición y también si, a consecuencia del hecho, se hace peligrar especialmente la seguridad exterior de la R.F.A.

Hemos de hacer referencia al denominado secreto de Estado aparente, tipificado en el parágrafo 100-A, que castiga al que tramite o haga público asuntos falsificados o falseados, informes sobre los mismos o da falsas afirmaciones de hechos tangibles, que en caso de ser auténticas o verdaderas fuesen de importancia para la seguridad exterior o las relaciones de la R.F.A. con potencia extranjera, con objeto de hacer ver a ésta que se trata de objetos o hechos auténticos y provocar así un peligro de grave perjuicio a Alemania. Asimismo se castiga al que confecciona los objetos falseados o los proporciona para engañar a la potencia extranjera.

La *traición por espionaje* se contempla en el parágrafo 96, que castiga al que se procura secretos de Estado para darlos a conocer a otros. Es significativo este confucionismo entre dos figuras delictivas que debieran de presentar propia autonomía.

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

Singular semejanza con la figura anterior presentan las conductas descritas en los párrafos 98 y 99 relativas a la actividad de agentes traidores y agentes de servicios secretos, respectivamente. El primero de los preceptos castiga a quien ejerza una actividad semejante a favor de una potencia extranjera o de sus agentes; el segundo precepto pune a quien ejerza para el servicio secreto de una potencia extranjera una actividad de este carácter contra la R.F.A. dirigida a la comunicación o suministro de hechos o conocimientos así como a quien esté dispuesto, frente al servicio secreto de una potencia extranjera, para una actividad semejante.

En ambos casos se pretende sancionar la creación de núcleos informativos para los centros de inteligencia extranjeros y, por consiguiente, se requiere una conexión o contacto, aunque sea esporádico con tales organizaciones, siendo destacable la referencia a la actitud del sujeto activo con la expresión «esté dispuesto», que no requiere la efectiva transmisión de informes a los agentes exteriores. Frente a la dureza de estos preceptos se establece la facultad de los Tribunales para rebajar la pena a su criterio o prescindir de la misma si el autor desiste voluntariamente de su conducta y pone en conocimiento de la autoridad los hechos, medida que estimamos muy acertada desde todos los puntos de vista.

Frente a las notas comunes que hemos señalado, presenta el párrafo 99 una diferencia importante, cual es la no referencia al secreto de Estado. Como hemos visto en la definición legal se alude al acceso a un reducido número de personas, por lo que no podrían perseguirse las informaciones basadas en la observación de hechos notorios, como podrían ser los movimientos y concentraciones de tropas, unidades navales y aéreas, etc., cuando estos datos, transferidos a los agentes de un eventual enemigo, pueden acarrear graves consecuencias para la nación. Esta ampliación en cuanto al objeto de la información es digna de alabarse y así se ha reconocido por la doctrina, calificándose de teoría del mosaico, recibiendo el nombre de espionaje abierto en la doctrina penal francesa.

b) El llamado secreto ilegal carece en general de protección penal por oponerse a las normas constitucionales del Estado, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 93 (2); sin embargo, se castiga solamente cuando se da a conocer a una potencia extranjera o a sus agentes y ponga en peligro de grave perjuicio a la seguridad exterior de la R.F.A. (párrafo 97-A).

Se aprecia en este supuesto y en el contemplado en párrafo 99, ya comentado, una ampliación del campo de acción de estos delitos que, llenando una laguna importante, sancionan conductas en las que está ausente el secreto de Estado.

El problema de la errónea calificación acerca de la ilegalidad del secreto de Estado está previsto en el párrafo 97-B.

c) El espionaje periodístico y el complejo problema de la posibilidad o no de comisión culposa en estas infracciones es resuelto en el párrafo 97, que castiga al que hace llegar secretos de Estado, mantenidos como tales por un organismo oficial o por orden del mismo, a persona no autorizada o *los da a conocer públicamente y, a consecuencia de ello por negligencia*, hace peligrar gravemente la seguridad exterior de la R.F.A.

Este precepto a venido a dar solución y completar el párrafo 94, que se aferra al tradicional de requisito de la finalidad de favorecer a potencia extranjera, por tanto en los casos de enjuiciamiento de periodistas principalmente, que divulgaban informaciones secretas por medios de comunicación social, se alegaba por la defensa la ausencia de una intención de perjudicar a la propia nación. A nuestro juicio el legislador se ha dejado influir por las corrientes de opinión a la sazón imperantes, estableciendo una pena irrisoria en este tipo de delitos, ya que puede quedar reducida a una simple multa.

II. LOS SECRETOS MILITARES Y LAS REALES ORDENANZAS

Las Fuerzas Armadas constituyen el nervio de la defensa nacional, así lo proclama la Ley 85/78 en su artículo 4, que expresa el carácter esencial de la institución militar en el marco de la seguridad de la Patria, por ello ha sido siempre particularmente sensible a salvaguardar las informaciones que se refieran al servicio y cuya trascendencia a otros sectores pudiera originar algún perjuicio a la nación. Es conveniente advertir que dentro del ámbito militar, los miembros de los Fuerzas Armadas son depositarios de secretos militares, en razón a la función que les ha sido encomendada, pero no sólo a ciertos niveles de mando, sino a nivel del soldado, que tiene en su poder determinado armamento o munición, que (teóricamente) puede comunicar o entregar a agente de potencia extranjera.

Precisamente las Reales Ordenanzas, código moral de los hombres de armas, contienen disposiciones concretas sobre la materia, que obligan a su cumplimiento. A modo de advertencia general se indica que el militar guardará discreción sobre todos los asuntos relativos al servicio y observará con el mayor celo las disposiciones y medidas vigentes sobre secretos oficiales (art. 45). La Ley que regula esta materia es la núm. 9/68, de 5 de abril, que determina las autoridades facultadas con carácter general para

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

establecer las materias clasificadas y aquellas que por razones de urgencia y con carácter provisional pueden clasificar, así como la conducta (que entre otros) que ha de seguir el personal de las Fuerzas Armadas cuando estima que una materia secreta o reservada llega a su conocimiento de forma irregular, debiendo de comunicarla de inmediato a sus jefes.

En el Decreto núm. 242/96, de 20 de febrero, se establecen las medidas de precaución que han de tomarse con las materias reservadas, lugares de custodia, forma de comunicación a las personas que han de conocerlas, personal de servicio y demás normas de protección, etc.

La Reales Ordenanzas disponen que en ningún caso el empleo o graduación que se ostente, por elevado que fuera, puede justificar por sí solo el derecho a acceder a los lugares o documentos reservados (art. 45 de las Reales Ordenanzas), recalcando en su artículo 64 que el centinela que se encuentre vigilando un lugar calificado como secreto, impedirá que toda persona, aun siendo militar, salvo que esté expresamente autorizado, intente penetrar o se acerque a él, saque fotografías, tome apuntes o lleve a cabo cualquier actividad sospechosa.

La obligación de mantener la discreción se contempla en las distintas situaciones y circunstancias en que se encuentre el militar; por consiguiente, podemos distinguir las siguientes situaciones:

a) *En tiempo de guerra* y en combate se dispone que en la defensa de su puesto, caso de tener que abandonarlo, tomará las medidas precisas para que ningún documento ni material utilizable caiga en manos del enemigo (art. 126); en caso de que un combatiente caiga en poder del enemigo, empeñará todos sus recursos para evitar responder a otras preguntas, salvo la referencia a su nombre, filiación, fecha de nacimiento y categoría militar (art. 142).

b) *En la administración y en la logística* mantendrá la discreción más absoluta, guardando reserva respecto a los asuntos que conozca por razón de su destino (art. 163).

c) *En el ejercicio del Mando* mantendrá informados a sus subordinados del desarrollo de las operaciones y ejercicios en curso, planes y proyectos que pueden afectarles en la medida que las circunstancias y la conservación del secreto lo permita (102).

d) *En el ejercicio del derecho y libertad de expresión* habrá de recabar autorización de sus superiores cuando trate de cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas (art. 178).

Este precepto tiene importancia por cuanto los servicios secretos extranjeros están pendientes de cualquier tipo de publicación cuyo autor sea un miembro de las Fuerzas Armadas, con el fin de completar alguna información o dato de su interés que pudiera deslizarse en el escrito que se considera; por ello si en plano literario, científico, técnico, etc., el militar puede exponer sus puntos de vista, es natural que someta la documentación antes de su impresión, a la previa aprobación del mando, si la materia que se trata contiene alguna expresión de la que puede resultar un posible perjuicio a la defensa nacional.

Todo lo que antecede está en concordancia con el principio de que el militar por ningún motivo proporcionará a quien no debe, dato alguno que pueda servir de información al enemigo (artículo 114).

III. LOS SECRETOS MILITARES Y LA LEY PENAL

Después de dejar sentado que una de las virtudes castrenses es la discreción y el secreto, que las ordenanzas de las Fuerzas Armadas señalan la conducta a seguir en el cumplimiento de la misión encomendada, es preciso establecer las sanciones que procede aplicar a quienes se atrevan a desoír las obligaciones a las que se ha comprometido, quebrantando de manera maliciosa o simplemente negligente sus deberes específicos.

1. *El Código de Justicia Militar* describe conductas relacionadas con esta materia, advirtiendo una gran variedad y, sobre todo, una dispersión en diferentes capítulos del Código, que dificulta la correcta visión y unidad de materia. Vamos a referirnos a las distintas figuras delictivas, que recoge en su articulado:

A) *TRAICION:*

a) *En tiempo de guerra*

Se castiga al español que facilita al enemigo el santo, seña o contraseña, planos, órdenes recibidas, estados de fuerza u otros datos o noticias que puedan favorecer sus operaciones o perjudicar las de los ejércitos nacionales (art. 259, núm. 2).

Este precepto supone el tiempo de guerra, aunque puede existir una suspensión provisional de hostilidades y contempla una conducta de gravedad suma para el desarrollo de las operaciones al facilitar datos cuyo conocimiento interesa al enemigo.

Se requiere una conducta intencional del sujeto activo en

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

cuanto pretende la transferencia de los informes anteriormente expuestos, por ello entendemos que este delito es punible aun cuando los datos suministrados al enemigo no lleguen a su poder por la oportuna intervención de los servicios de seguridad nacionales (dto. frustrado).

b) *En tiempo de paz o de guerra*

Se castiga al español que entregare o comunicare a otra persona o dé a la publicidad, planos diseños o documentos secretos relativos a la defensa nacional (arts. 262 y 263).

Se precisa una conducta intencional por parte del sujeto activo, ya que las formas culposas quedan relegadas a otros preceptos de este Código.

Como en el supuesto anterior entendemos que es posible condenar al sujeto aunque no haya llegado el secreto a su destinatario, siempre que esto ocurriera por una causa ajena al mismo.

A diferencia del supuesto anterior, aquí por exigencia del texto, es preciso que se apruebe el carácter secreto del asunto, de acuerdo con la normativa vigente.

B) *ESPIONAJE:*

Nuestra legislación penal militar no mantiene un criterio claro con respecto a esta materia, de tanta trascendencia ya que por una parte en la exposición de motivos, nuestro Código proclama que en la traición se atiende a su verdadera naturaleza de rompimiento del vínculo que liga al español con su patria y se consigna tal cualidad, expresamente, en el agente, y refuerza este criterio al hacer referencia a los artículos 262 y 263, citados, advirtiendo que de cometerse por un español son integrantes de traición y si se realizan por un extranjero revisten normalmente la categoría penal de espionaje. Sin embargo, el artículo 270 se contradice con lo expresado, pues castiga al extranjero que cometa alguno de los delitos comprendidos entre los artículos 258 al 265, siempre que se cometan en territorio español, sin otorgarle la calificación de espionaje.

El espionaje se contempla en los artículos 272 al 278 y en ellos se exige la condición de extranjero, por lo que puede ser inculgado un español, lo que se contrapone con nuestra tradición histórica, que ha visto al espía como persona que no pertenece a los ejércitos nacionales, así lo prueba el artículo 114, título X de las antiguas Ordenanzas de Carlos III, el artículo 896 del Reglamento de servicio de campaña de 5 de enero de 1882, en que se dice: «el oficio nada tiene de infamante, salvo que se realice contra la propia nación, *traición que se castiga con la muerte*», así como la sistemática y tipificación articulada en el capítulo

primero de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, de nuestro primer Código penal de 1822.

Las figuras concretas de espionaje son:

a) Búsqueda, entrega, divulgación o comunicación de informes, documentos u objetos reservados, relativos a la defensa nacional.

En cuanto a la acción, el legislador ha pretendido describir el ciclo completo de la actividad informativa. Algunas de estas conductas se describen en los artículos 262 y 263, si bien hemos de establecer una diferenciación en cuanto su calificación de secreto, se sustituye por el carácter de reservado en el artículo 272.

b) El artículo 274 amplía el objeto de la protección penal a los datos o noticias, que no mereciendo la calificación de reservados, pueden referirse a la defensa nacional, si bien esta dirección se limita inexplicablemente a exigir en el sujeto activo una conexión con potencia extranjera o asociación u organismo internacional, pues son éstos la pantalla tras la que se ocultan los servicios secretos extranjeros.

c) La introducción subrepticia o con disfraz en establecimientos militares, en zonas de operaciones, buques o entre las tropas que operen en campaña, se castiga en el artículo 272. Recoge el sentido del artículo 897 del Reglamento de servicio en campaña, que castiga al enemigo disfrazado que se sitúa entre las filas del ejército adverso en misiones informativas.

De acuerdo con las normas internacionales contenidas principalmente en la Convención de La Haya de 1907, no puede calificarse como espía al militar que realiza estas misiones que vista su uniforme reglamentario.

d) El uso de nombre supuesto y la utilización de documentos falsos con fines de espionaje, atrae a la jurisdicción militar conductas que de perseguir otra finalidad estarían incursas en otros preceptos.

e) La instalación de medios de transmisión a distancia y correspondencia se castiga en el artículo 272, núm. 3, por ser el vehículo del que se sirven los servicios secretos para la comunicación de los datos y noticias que consiguen, a sus órganos centrales.

f) La infidelidad en la custodia de secretos de la defensa nacional se castiga en el artículo 275, impidiendo la ampliación a otras materias clasificadas, exigiendo la comisión culposa.

g) La posesión ilegal de documentos, etc., relativos a la defensa nacional, se castiga en el artículo 276, si bien esta presun-

ción puede quedar desvirtuada y el inculpado absuelto, si prueba la razón de la posesión o uso de los documentos, etc.

C) DELITO CONTRA EL HONOR MILITAR

El artículo 349 castiga la falta de discreción o reserva respecto al servicio y operaciones de campaña, siempre que el hecho no constituyere delito más grave. Este precepto ha sido introducido en la reforma de 1945 y trata de justificarse en la exposición de motivos por la gravedad que comporta la conducta de los miembros de las fuerzas armadas que desobedecen las instrucciones contenidas en las Ordenanzas con carácter generales o en las indicaciones concretas de sus jefes en particular en cuanto al sigilo que ha de presidir en los actos de servicio, sobre todo si ocurre en tiempo de guerra. Sin embargo, dentro de este mismo capítulo se inserta el artículo 356, en el que se sanciona la revelación del santo y seña o una orden reservada sobre el servicio y faltar al secreto de la correspondencia, cuando no pueda incluirse en el artículo 259; por consiguiente, a nuestro juicio, se ha incrementado el número de preceptos, innecesariamente, ya que el texto contenido en el artículo 349 es similar al del artículo 356.

B) DELITO DE NEGLIGENCIA

El artículo 398 castiga al militar que diera lugar a que sea conocido el santo y seña o una orden reservada sobre el servicio, ya sea en estado de guerra, ya produciendo un perjuicio.

Esta figura se diferencia de las expuestas en el apartado anterior en el carácter de delito culposo y en tal sentido se encuentra en línea con el artículo 275, que castiga la infidelidad de informaciones de la defensa nacional cuando pasan a conocimiento de persona no autorizada por la conducta negligente de su depositario, que se incluye dentro del espionaje, con evidente desacierto.

E) FALTA GRAVE

Comete esta infracción el militar que, en tiempo de paz, revelese el santo y seña o una orden reservada, o quebrantase el secreto de la correspondencia oficial y no procediese su inclusión en el artículo 398.

Se observa como el legislador ha procedido con un cierto criterio unitario al concatenar las distintas figuras delictivas que se refieren al secreto y discreción que lógicamente ha de exigirse a los componentes de las fuerzas armadas, pues en unos supuestos se alude en general a que el delito tenga señalada mayor pena, pero en otros preceptos se cita expresamente el artículo en que podría encajarse la conducta más grave. Por este motivo resulta

incongruente la dispersión de la materia de los secretos e informaciones militares en capítulos diversos, con repeticiones innecesarias, lo que perjudica a una adecuada interpretación y sistematización. Pero además, si se opera con un esquema que parte de las conductas de menor entidad criminal hasta las más graves (por ejemplo: en la revelación del secreto y seña, se califica de falta grave cuando se realiza en tiempo de paz y sin consecuencias perjudiciales para el servicio, pasando a la categoría de delito culposo cuando se comete en tiempo de guerra o produciendo un perjuicio, o de delito doloso, en la figura del artículo 349; para alcanzar la máxima cota en la comunicación al enemigo o sus agentes, que constituye el delito de traición), resulta poco convincente el que las conductas descritas en los artículos 275, 349 y 398 se unifiquen a los efectos de conectar la pena aplicable (prisión en toda su extensión).

Estamos plenamente de acuerdo con el criterio sostenido hace ya muchos años por Querol que al comentar los preceptos transcritos, afirmaba: «Tal abundancia de disposiciones, a base de unos hechos básicos iguales, quizás más perjudica que favorece al adecuado encasillamiento y castigo de una infracción criminal concreta, que se presenta en dicho sentido» (2 bis).

LOS SECRETOS MILITARES EN EL CODIGO PENAL COMUN

Dentro del título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado y en el capítulo primero (traición), se alude en el número 4 del artículo 122 al suministro de planos de fortalezas o de terrenos, documentos o noticias que tengan como fin hostilizar a España o favorecer el progreso de las armas enemigas.

Este precepto requiere el estado de guerra como presupuesto y una finalidad concreta en la actuación del sujeto activo por lo que se hizo preciso ampliar el campo de protección a los tiempos de paz, eliminando las referencias al móvil del culpable, lo que se llevó a cabo en el Código de 1944, que incorporó un sexto número al artículo 122, inspirado en la Ley de seguridad del Estado, de 1941, castigando la revelación de secretos políticos, militares o de otro género, que interesen a la seguridad del Estado, al que se procure dicho secreto u obtuviere su revelación. Una de las cuestiones que plantea el examen de este artículo es el sentido que tiene la seguridad del Estado, pues cabe referirla a la exterior o incluir también la interior, lo que no parece posible por razones de sistemática. La penalidad está en función de un resultado: el grave o leve peligro que se produzca, pues si no ha

(2 bis) QUEROL: «Principios de Derecho militar español». Madrid, Tomo II, pág. 497.

existido ningún peligro deberá rechazarse la aplicación de este precepto, según afirma Córdoba (3).

La acción puede consistir en: procurarse los secretos, para lo cual se requiere una conducta de apropiación, sea del contenido de la información, sea del documento, objeto, etc., en que se encierra, siendo criterio unánimemente reconocido que basta esta toma de contacto o entrada en la esfera de disponibilidad del sujeto activo, aunque por su carácter indescifrable para él, no pueda penetrar en su conocimiento, para estimar consumado el delito.

La obtención de la revelación expresa que otra persona, ya sea depositario legítimo o ilegítimo del informe, lo transmite al sujeto activo, por lo que nos encontramos con un tipo de delito plurisubjetivo, en que habrá de considerarse el medio que ha sido utilizado para lograr esa transferencia del secreto.

La revelación significa la manifestación a una o varias personas con carácter privado o divulgado por alguno de los medios de difusión, en cuyo caso sería aplicable la agravante cuarta del artículo 10.

En un sector de la doctrina se considera que las figuras comentadas encajan dentro del delito de espionaje (4), ya que los actos de procurarse información de carácter secreto empleando medios subrepticios y con el fin de transferirla a agentes de nación extranjera, se calificaban como espionaje por influencia de las normas internacionales aprobadas en las convenciones de Bruselas y La Haya. Sin embargo, en el artículo que comentamos no se dan tales condiciones, pues para nada se habla de la finalidad del agente, ni de los medios clandestinos. Por otra parte si tenemos en cuenta que el sujeto activo en todos los supuestos contemplados en el artículo 122 ha de ser un español, no parece acertada tal calificación.

Conviene, finalmente, examinar la vigencia efectiva de esta normativa, si tenemos en cuenta que disposiciones similares se tipifican en el Código de Justicia Militar y podríamos hallarnos ante unas normas vacías. En cuanto a la aplicación del núm. 4 del artículo 122 es ilusoria, ya que el artículo 259, núm. 2 del Código de Justicia Militar castiga al que facilite el enemigo (entre otros medios) planos y otros datos y noticias que puedan favorecer sus operaciones o perjudicar las de los ejércitos nacionales o aliados. Respecto al núm. 6 del mismo artículo 122, la diferencia con respecto a los artículos 262, 263 y 272 del Código de Justicia Militar, aun reconociendo la amplitud con que se

(3) CORDOBA RODA: «Comentarios al Código Penal». Tomo III, pág. 28. Barcelona, 1978.

(4) RODRIGUEZ DEVESA: «Derecho Penal español (Parte especial)», página 545, Madrid, 1975.

construyen las conductas informativas, presentan la particularidad de referirse a la defensa nacional, mientras el Código común alude al interés para la seguridad del Estado, concepto éste de mayor extensión y que permitiría en algún caso la aplicación del Código común, siempre que no se apreciara peligro para la defensa nacional, pues el Código militar se aplica a cualquier persona, militar o civil, nacional o extranjero, en razón al triple fuero (persona, lugar y delito).

En la exposición de motivos de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, se reconoce esta dualidad legislativa al expresar que la protección penal de los mismos alcanzan penas de máxima severidad en el Código penal común y en el de justicia militar.

CONCLUSIONES

La primera conclusión que apuntamos afecta a la regulación del secreto militar en su aspecto penal. El Código de Justicia Militar debe de incluir las distintas figuras delictivas y de acuerdo con una sistematización unitaria que abarque los delitos de apropiación, comunicación, divulgación, publicación y destrucción de secretos, informaciones reservadas, confidenciales o sin esta clasificación cuando afecten a la *defensa militar española*, distinguiendo la gravedad de la revelación por razón de su importancia, la situación de estado de guerra o de paz y la agravación en cuanto al que incumple los deberes especiales de custodia.

Asimismo, el Código penal común ha de recoger también las figuras delictivas correspondientes por lo que se refiere a los secretos que afecten a la *Defensa Nacional*, sin que pueda originarse colisión de normas, ya que las disposiciones del Código de Justicia Militar han de aplicarse a los miembros de las fuerzas armadas y personal aforado, mientras el Código penal ordinario se aplicaría al resto de los ciudadanos, sin perjuicio de las atribuciones que se confieran a la jurisdicción militar en casos de emergencia.

El delito de violación de secretos ha de configurarse como autónomo e independiente del delito de espionaje (5) pudiendo

(5) Hemos tratado el tema del espionaje en reciente monografía publicada en la *Revista de Derecho Público*, núm. 79 (abril-junio, 1980), exponiendo como este delito rebasa ampliamente las actividades puramente informativas y se define como el acto idóneo, ejecutado por un ciudadano extranjero, para provocar una intervención armada u hostilidad contra España, para inferirle un quebranto de tal naturaleza que la sitúe en condiciones de vulnerabilidad frente a un eventual enemigo, así como los actos de ayuda a una potencia en guerra contra nuestra nación, facilitándole medios de carácter personal o material.

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

realizarse tanto por un nacional como por un ciudadano extranjero, admitiendo la forma dolosa o culposa.

Respecto a la violación de secretos que pueden llevarse a cabo por diversos medios de comunicación social (prensa, radio, televisión, etc.) y siendo sus autores profesionales del periodismo, se ha suscitado una polémica abogando un sector doctrinal por el derecho a la información y a la libertad de prensa, también se alegaba la ausencia de «animus hostilis» que caracterizaba el delito de espionaje, así como la falta de clandestinidad. Hemos visto el trato benevolente que le otorga la legislación alemana (federal), criterio que no parece aceptable pues el delito de violación de secretos no puede admitir excepciones por razón de la persona y de su profesión, ya que los canales publicitarios podrían ser utilizados o indirectamente aprovechados por los agentes de servicios secretos extranjeros.