

LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL CODIGO PENAL MILITAR

Antonio Millán-Garrido
Profesor de la Universidad de Cádiz

SUMARIO

I. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN COMÚN: a) LOS SUPUESTOS DE INVIO-
LABILIDAD. b) EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA. c) EL ENCUBRIMIENTO ENTRE
PARIENTES. d) LA EXENCIÓN A REBELDES Y SEDICIOSOS. e) LA REGULARIZACIÓN CON LA
HACIENDA PÚBLICA O LA SEGURIDAD SOCIAL. f) EL PAGO DEL CHEQUE EN EL LIBRA-
MIENTO SIN PROVISIÓN. g) LA «EXCUSA PARENTAL». h) LA RETRACTACIÓN EN EL FALSO
TESTIMONIO.—III. BREVE REFERENCIA AL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1994.—
IV. ANÁLISIS DE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PENAL MIL-
ITAR: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL ENCUBRIMIENTO ENTRE PARIENTES (ARTS. 23.3 Y
129.2 Y 3 CPM): A) PREVISIONES LEGALES: ANTECEDENTES. B) NATURALEZA JURÍ-
DICA. C) ELEMENTOS. D) EFECTOS. 3. LA DENUNCIA DEL IMPLICADO EN UN DELITO
DE TRAICIÓN O ESPIONAJE (ART. 67 CPM): A) PREVISIÓN LEGAL: ANTECEDENTES.
B) NATURALEZA JURÍDICA. C) ELEMENTOS. D) EFECTOS. 4. LA REVELACIÓN DEL
IMPLICADO EN UN DELITO DE REBELIÓN EN TIEMPO DE GUERRA (ART. 82.1 CPM):
A) PREVISIÓN LEGAL: ANTECEDENTES. B) NATURALEZA JURÍDICA. C) ELEMENTOS.
D) EFECTOS.—V. LAS ATENUANTES ESPECÍFICAS FUNDADAS EN CONSIDERACIONES UTI-
LITARIAS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL DESISTIMIENTO DEL «MERÓ EJECUTOR» EN LA
REBELIÓN EN TIEMPO DE GUERRA (ART. 82.2 CPM). 3. EL DESISTIMIENTO EN LA
SEDICIÓN MILITAR (ART. 93 CPM). 4. LA RETRACTACIÓN DE LA INFORMACIÓN MILITAR
FALSA (ART. 115.5 CPM).—VI. UN APUNTE FINAL DE DERECHO MILITAR COMPARA-
DO: LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN ALGUNAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS.

I. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Las excusas absolutorias integran una categoría dogmática, ciertamente compleja y controvertida, cuya introducción en el Derecho español se debe al ilustre penalista Luis Silvela.

Fue, en efecto, Silvela el primero en destacar la previsión legal de una serie de causas cuya concurrencia excluye la pena en actos antijurídicos y culpables y, por ende, constitutivos de delito. Tal exclusión, argumentaba, «no se apoya en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca un sujeto en con-

diciones de capacidad para responder, como acontece en las causas de inimputabilidad, sino más bien aparece fundada en motivos transitorios y de conveniencia; considera el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle aun conociendo que existe delito, y que hay persona que de él pudiera responder» (1).

Se trata, por tanto, de circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad o conveniencia, determinan la exclusión de la pena en un comportamiento antijurídico y culpable.

En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo, al señalar que, bajo la denominación de excusas absolutorias, «se viene comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica [...], que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presente en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad» (2).

De acuerdo con tal orientación, destaca la doctrina tradicional que las excusas absolutorias son sustancialmente distintas de las causas de justificación y de las circunstancias excluyentes de la culpabilidad, de modo que «el acto ejecutado es antijurídico y culpable, hay delito y delincuente y, sin embargo, no se castiga» (3).

No se trata, tampoco, «de una condición objetiva adscrita al tipo, que es preciso se produzca en la realidad [...] para que pueda llegarse a la punición del hecho; ni un obstáculo procesal que se precisa salvar para que el hecho pueda entrar en sanción; aquí existe el delito, existe el autor, se produce íntegramente la figura descrita por el legislador, no hay ningún obstáculo procesal para perseguir, pero, sin embargo, a pesar de todo, el hecho no se castiga por razones de política penal» (4).

Advierte, al respecto, un relevante sector de nuestra doctrina que tales razones —de utilidad o conveniencia— lo son en orden a la protección del bien jurídico. Por ello, hay que tener en cuenta, para su precisión y diferenciación, que las excusas absolutorias surgen en referencia a la materia misma del injusto, conectadas al desvalor del acto y del resultado. De ahí que no se pueda entrar a considerarlas conjuntamente con otras causas de

(1) L. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte Segunda, 2.ª edic., Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, p. 201.

(2) Sentencia del TS de 26 de diciembre de 1986 (RJA núm. 795).

(3) Cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I (*Parte General*), vol. 2.º, 18.ª edic., revisada por C. Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, 1980, p. 638.

(4) Cfr. F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal, Parte General*, tomo II, 6.ª edic., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. 240-241.

exclusión de la pena, como pueden ser la muerte del reo o el cumplimiento de la condena, que no son circunstancias relacionadas directamente con el bien jurídico protegido (5).

En contra de la tesis tradicional, que, aun con matices diversos, es la generalizada en nuestra doctrina, se ha pronunciado J. García-Puente, quien, con base en el principio general del «interés preponderante», considera que las excusas absolutorias son causas de justificación (6). Este parecer ha sido expresamente rechazado por Bustos Ramírez, quien, desde su personal posición dogmática, destaca cómo «las causas de justificación se basan en reglas permisivas, esto es, en reglas jurídicas que entran a dar cuenta de un valor determinado dentro de la sociedad y, por ello, hay que entender el enjuiciamiento de la conducta típica desde el ordenamiento jurídico; en cambio, las excusas legales absolutorias no parten de un planteamiento valorativo, sino sólo de consideraciones de utilidad o de conveniencia en relación al tejido social en que se dan los bienes jurídicos (determinados valores de relación social). Para esos valores de relación aparece útil (como ya señalaba Silvela) no aplicar pena a un injusto o delito que ha afectado a un determinado bien jurídico. Es decir, en el caso de las excusas legales absolutorias se dan completamente las características materiales de la tipicidad y la antijuridicidad, luego no pueden ser causas de justificación» (7).

II. REFERENCIA A LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN COMÚN

Más debatido que el propio concepto, su naturaleza o fundamento, resulta, en la doctrina, la determinación de las previsiones legales constitutivas de auténticas excusas absolutorias.

(5) Cfr. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4.ª edic., por H. Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1994, p. 390.

(6) J. GARCÍA-PUENTE LLAMAS, «Nuestra concepción de las excusas absolutorias», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXV (1981), pp. 81-98.

Aunque con un sentido distinto, también el Padre Jerónimo Montes entendió, en contra de la común opinión doctrinal, que «estas causas de exepción penal [las excusas absolutorias] pueden reconducirse a las de justificación». Cfr. J. MONTES, *Derecho Penal Español, Parte General*, vol. I, Casa Editorial de M. Núñez Samper, Madrid, 1917, p. 465.

(7) J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 391. En el mismo sentido, J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, Pons, Madrid, 1993, pp. 21-22.

En este punto, fue Rodríguez Muñoz el primero que sometió a una rigurosa revisión crítica la tesis propuesta por Silvela (8), para concluir que «de las denominadas excusas absolutorias por los escritores sólo quedan como verdaderas causas, en la que lo característico es la ausencia de pena, los artículos 253 [actual 226] y 557 [564 vigente]. Las otras no son tales excusas absolutorias, sino causas de ausencia de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad [...]. Sólo en las situaciones a que dichos conceptos legales se refieren estamos en presencia de conductas típicamente antijurídicas y culpables, que, no obstante, determinan una exención de responsabilidad criminal en el agente» (9).

Sin pretender, en este lugar, reproducir las distintas posiciones mantenidas, al respecto, por la doctrina y por la jurisprudencia, es lo cierto que sólo existe relativa unanimidad en considerar excusas absolutorias, además de los supuestos constitucionales de inviolabilidad, las previstas en los artículos 226.1, 563 bis b), párrafo segundo, y 564 del Código penal. Muy discutida resulta, como se verá, la naturaleza de la exención de pena al encubrimiento entre parientes (art. 18 CP). Y también, aunque por razones diversas, el desistimiento en la tentativa (art. 3.º CP) y la regularización con la Hacienda Pública o la Seguridad Social (arts. 349.3, 349 bis.3 y 350.4 CP). No faltan, por último, autores que reputan como excusa absolutoria la previsión del artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con carácter meramente expositivo, en una referencia de síntesis, paso a ocuparme brevemente de dichos supuestos como trámite previo al análisis de las excusas absolutorias contenidas en el vigente Código penal militar.

a) La mayoría de la doctrina considera excusas absolutorias los supuestos de inviolabilidad, esto es, la exención de pena que la Constitución establece para la persona del Rey (art. 56.3) y para los Diputados y Senadores «por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones» (art. 71.1) (10).

Esta exención de pena se basa en el interés del Estado por evitar la perturbación general política y social que significaría poner en tela de juicio al Rey (11). No se trata de una causa de justificación, como pretenden García-

(8) Vid. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Derecho Penal*, de E. Mezger, tomo I, 2.ª edic., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pp. 163-167.

(9) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas*, cit., p. 167.

(10) Así, entre otros, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 321; F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 174.

(11) Cfr. L. PORTERO GARCÍA, «La responsabilidad del Jefe del Estado», en *Revista General de Derecho*, núm. 451 (1982), p. 475.

Puente (12) y Cuello Contreras (13), ya que no hay otro bien jurídico que pueda ser sometido a ponderación, sino únicamente razones de política legislativa. Lo mismo ocurre con los Diputados y Senadores, ya que no es la libertad de expresión lo que entra aquí en juego, sino sólo el interés político-social general por preservar la institución de las Cortes (14).

Distinto es el caso de las inmunidades diplomáticas, de parlamentarios, del Defensor del Pueblo (y sus adjuntos) y de jueces y magistrados, reconducibles todas ellas al ámbito de las condiciones objetivas de procedibilidad (15).

b) Conforme al artículo 3.º1 del Código penal, «hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento».

No es éste, evidentemente, el lugar para abordar un tema de compleja dimensión dogmática, cual es el desistimiento en la tentativa (16), ni siquiera en referencia limitada a la cuestión que nos ocupa (17).

Baste señalar que, para algunos autores, como Muñoz Conde, entre las excusas absolutorias, se incluye «el desistimiento voluntario en la tentativa, que, cuando evita la consumación del delito, excluye la pena ya fundada en la tentativa misma» (18).

Por el contrario, para la doctrina tradicional (19), la ausencia de desistimiento voluntario es, en el Código vigente, un elemento negativo del tipo

(12) J. GARCÍA-PUENTE LLAMAS, «Nuestra concepción de las excusas absolutorias», cit., pp. 96-97.

(13) J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Curso de iniciación, Parte General*, vol. I: «Nociones introductorias», Civitas, Madrid, 1993, pp. 231-232.

(14) Cfr. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 391-392.

(15) En contra, Rodríguez Devesa considera todas las inmunidades, junto a los supuestos de inviolabilidad, como causas personales de exclusión de la pena. Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 17.ª edic., revisada por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 658-663.

(16) *Vid.*, entre otros, F. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972, especialmente pp. 60-65.

(17) *Vid.*, al respecto, J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., pp. 171-178.

(18) F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., pp. 173-174; en la versión española, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 157.

(19) Valgan, por todos, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 411, y J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Derecho Penal*, de E. Mezger, tomo II, 3.ª edic., a cargo de A. Quintano Ripollés, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 271.

de la tentativa. Cuando el autor de los actos de ejecución desiste no cabe hablar, en nuestro sistema normativo, de una conducta típica, presupuesto necesario de la excusa.

c) Dice el artículo 18 del Código penal que «están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número uno del artículo anterior», esto es, quienes hubiesen auxiliado a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.

Aunque, a partir de Rodríguez Muñoz, se admite como mayoritaria la doctrina que considera el encubrimiento entre parientes como una «causa de exclusión de la culpabilidad y, más concretamente, un reconocimiento en nuestro Código del principio de no exigibilidad» (20), la cuestión no es pacífica. Y autores como Bajo Fernández (21) o Bustos Ramírez (22) sostienen que se trata de una genuina excusa absolutoria.

Nos ocuparemos del tema en la parte específica de este trabajo, dentro del obligado análisis del encubrimiento entre parientes en el Código penal militar.

d) Una excusa absolutoria tradicional —aunque la vigente redacción procede de la reforma de 1985— es la contenida en el artículo 226.1 del Código, según el cual, «quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión o de sedición, lo revelare a tiempo de evitar sus consecuencias». El párrafo segundo de dicho precepto contempla una atenuante específica para «los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las Autoridades legítimas».

Existe, como se ha indicado, cierta unanimidad en considerar la exención de pena a rebeldes y sediciosos como una excusa absolutoria, basada en la sumisión, en el desistimiento, en el abandono «eficaz» de la rebelión o de la sedición (23).

(20) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas* al tomo I, cit., p. 166. *Vid.*, como exponente de la opinión mayoritaria, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pp. 651-654.

(21) M. BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 210-212.

(22) J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 391-392.

(23) *Vid.* M. COBO DEL ROSAL, «Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXI (1968), pp. 53-68.

De esta excusa se ha ocupado, tras la reforma, Calderón Susín, con un riguroso y exhaustivo estudio, en el que pone de manifiesto las múltiples deficiencias de la formulación actual (24). Sobre algunas de ellas incidiremos en el tratamiento específico del artículo 82.1 del Código penal militar, que, con redacción idéntica, contempla la exención de pena a los implicados en alguna de las modalidades típicas de la rebelión en tiempo de guerra.

e) La Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, ha introducido unas generosas excusas absolutorias, cuyo alcance sobrepasa el ámbito de las específicas infracciones reguladas.

Con anterioridad a esta reforma, en la que resulta evidente la influencia de la legislación alemana (en concreto, de las reglas del parágrafo 371 de la Ordenanza Tributaria), sólo cabía, en nuestro Ordenamiento, incluso tras 1991, apreciar la circunstancia atenuante de «arrepentimiento espontáneo» a quien, de modo voluntario, aunque extemporáneamente, afrontaba el cumplimiento, formal y sustancial, de sus obligaciones tributarias (25).

Respecto al fraude fiscal, establece el nuevo artículo 349.3 que «quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria [...] antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración [...] interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Público o el Juez Instructor realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

En términos prácticamente idénticos se configura la exención de pena para el que regularice su situación con la Seguridad Social (art. 349 bis. 3) y para aquél que, habiendo obtenido, mediante fraude, subvenciones, desgravaciones o ayudas públicas, «reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumen-

(24) E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», en el t. X de los *Comentarios a la Legislación Penal* («La reforma de los delitos contra la Defensa Nacional»), dir. por M. Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1989, pp. 485-544.

(25) Cfr. E. CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo (Estudio del artículo 9-9.º del Código Penal)*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 99-100 y 300-301. Asimismo, J. F. HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, cit., p. 161.

tado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió» (art. 350.4).

Asimismo, se reconoce formalmente la exención a quienes se acojan a las específicas regularizaciones tributarias autorizadas por las disposiciones adicionales 13.^a y 14.^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, efecto que, hasta este momento, había sido negado por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria (26).

Como se ha indicado, el contenido de estas excusas excede del ámbito material de los propios delitos a los que directamente se conectan, pues, en todos estos supuestos, se añade que la exención de responsabilidad penal alcanzará igualmente al infractor por las posibles irregularidades contables o falsedades instrumentales «que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación».

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1995 conecta la excusa a la regularización fiscal, autorizada expresamente por el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria, «lo que conlleva la ausencia de responsabilidad penal para estas conductas, siempre que se realicen de manera espontánea, extendiéndose dicha exención a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales en que el sujeto hubiese podido incurrir en relación con la deuda tributaria objeto de regularización».

En los casos contemplados, el delito se ha consumado con el impago del impuesto o de las cuotas de la Seguridad Social o con el disfrute indebido de la subvención, desgravación o ayuda pública (27). Pero el Estado, atendiendo a razones exclusivamente utilitarias (en suma, recaudatorias), exime de pena al sujeto que voluntariamente regularice su situación en los términos exigidos.

Desde una vertiente valorativa, la doctrina se ha mostrado, en general, partidaria de los indicados beneficios, aduciendo, incluso, razones estrictamente técnicas y de coherencia con la propia legislación tributaria (administrativo-sancionadora) (28), aun cuando tampoco ha dejado de advertir del agravio comparativo que comporta para los ciudadanos cumplidores de sus obligaciones con la Hacienda Pública y la Seguridad So-

(26) Vid. L. MORILLAS CUEVAS, en *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, dir. por M. Cobo del Rosal, vol. IV, Edersa, Madrid, 1994, pp. 231-232.

(27) Cfr., por todos, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 9.^a edic., Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 825.

(28) Cfr. L. GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Trivium, Madrid, 1990, p. 109.

cial (29). Más discutible puede resultar, en todo caso, la extensión de las excusas a otros delitos, como las irregularidades contables o las falsedades instrumentales, con lo que se confiere a la exención de pena una amplitud desmesurada, aun cuando, ciertamente, venga exigida por la misma finalidad práctica de los preceptos introducidos.

f) La reforma de 1971 introdujo un segundo párrafo al artículo 563 bis b) del Código penal, según el cual, «no obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal el librador del cheque o talón que hiciese efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro».

Al igual que en los supuestos anteriores, se conviene, con cierta unanimidad, en que este precepto constituye también una excusa absoluta, que exime de pena al librador del cheque o talón sin fondos que hiciera efectivo su importe dentro del plazo señalado. El hecho de que la exención dependa de la voluntad del propio agente (el librador) impide configurar la previsión normativa como una condición objetiva de penalidad.

En contra, para Vives Antón, «no se trata de una excusa absoluta, sino de una causa de exclusión de la pena de naturaleza objetiva, que ha de operar de modo semejante a las causas de exclusión de la antijuridicidad, pues, en definitiva, implica una restauración de la efectividad del cheque y una eliminación de la lesión patrimonial que hubiera podido causar» (30).

Ocurre, sin embargo, que, atendida la propia conformación normativa del delito de cheque en descubierto, el sujeto que hace efectivo su importe, tras el impago del título a su presentación al cobro, ha realizado ya una acción típicamente antijurídica y culpable y, si se excluye la penalidad prevista en la ley, es por razones de utilidad y conveniencia, por consideraciones, en suma, de política criminal, tenidas en cuenta por el legislador como fundamento de la excusa.

De la génesis parlamentaria del precepto se deduce que la exención de pena fue arbitrada como «fórmula que, manteniendo el delito en su característica formal o de mera actividad, salva el riesgo de aquellas personas que pudieran incurrir en él por negligencia, error o distracción» (31). Mas,

(29) En este sentido, L. MORILLAS CUEVAS, en *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. IV, cit., p. 232.

(30) T. S. VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 1030, y en *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, coord. por E. Orts Berenguer, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 578.

(31) *Boletín Oficial de las Cortes Españolas, Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 9 (12 de noviembre de 1971), p. 17.

siendo inadmisibles la responsabilidad objetiva pretendida por el legislador, no cabe basar en ella la excusa, a la que debe buscarse fundamento en su propio contexto normativo.

Según Quintero, el párrafo segundo del artículo 563 bis b) obliga a considerar que, en realidad, el Código no persigue la defensa del cheque como instrumento mercantil, sino la protección de las personas que pueden resultar perjudicadas por la desprovisión del mismo. Sólo así, entendiendo que el único objeto de tutela en este delito es el valor económico que el cheque representa, cobraría sentido el que el pago exima de responsabilidad penal (32).

Esta construcción, como ya sostuve en un trabajo específico sobre el tema (33), no puede resultar satisfactoria, porque, precisamente, con la reforma de 1971 vino a distinguirse aquellos supuestos de cheques sin cobertura afectantes directamente al patrimonio individual, dada su finalidad defraudatoria, del genuino delito de cheque en descubierto, en el que el tráfico mercantil aparece como bien jurídico protegido.

Tal consideración sobre la naturaleza jurídica del delito tipificado en el artículo 563 bis b) se deriva no sólo de una interpretación histórica y sistemática del precepto, sino, sustancialmente, de la propia formulación normativa que, basada en criterios rígidamente formales, puede encontrar sentido en la pretensión legislativa de conferir una más enérgica protección al tráfico mercantil, pero nunca si se estima que el bien jurídico tutelado en este delito es el derecho, puramente cambial, del tomador o cualquier otro elemento patrimonial concreto.

Asume esta orientación, generalizada en la doctrina (34), un sector mayoritario de nuestra jurisprudencia, para el que este delito, «al tomar su actual autonomía punitiva, tiende a proteger la normalidad y seguridad del tráfico mercantil» (35). Precisamente por ello, sostiene el Tribunal Supremo, en reiterados pronunciamientos, que la responsabilidad civil derivada

(32) G. QUINTERO OLIVARES, «El nuevo delito de cheque en descubierto (artículo 563 bis b, del Código penal)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 233 (1972), pp. 709 y 744.

(33) A. MILLÁN GARRIDO, «Cheque en descubierto y excusa absoluta», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 13 (1984), p. 200.

(34) Cfr., entre otros, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 17.ª edic., revisada por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1994, p. 521; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 314; y, especialmente, J. J. GONZÁLEZ RUS, en *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, dir. por M. Cobo del Rosal, vol. II: «Delitos contra la propiedad», Edersa, Madrid, 1992, pp. 427-428.

(35) Sentencia del TS de 2 de noviembre de 1974 (RJA núm. 4088).

del cheque en descubierto no incluye el importe del título valor, entre otras razones, porque dicho delito «no ampara el derecho de propiedad ni tiene carácter patrimonial, protegiendo únicamente el tráfico mercantil y el crédito público» (36).

Descartar que la objetividad jurídica del cheque en descubierto sea de naturaleza estrictamente patrimonial no impide, sin embargo, reconocer el trasfondo económico que subyace tras todo título valor. Por ello, si bien es cierto que la pretensión legislativa de que la apariencia del título coincida con la realidad se ve frustrada desde que el cheque no resulta respaldado por una provisión de fondos suficientes, y desde ese momento se produce la lesión al bien jurídico protegido por la norma, no lo es menos que el pago inmediato del importe del título mitiga extraordinariamente el perjuicio irrogado al tráfico mercantil, por cuanto, en último término, salva las lógicas expectativas derivadas del cheque y, satisfecho el tomador, resta, en buena medida, trascendencia, individual y social, a la originaria desprovisión del documento.

De hecho, antes de la reforma de 1971, no era frecuente que, en la práctica, llegase a dictarse auto de procesamiento cuando, sin que hubiera mediado malicia, se procedía al pago en los principios de la instrucción (37). Según Ruiz Vadillo, con la excusa absolutoria del artículo 563 bis b) se vino a consagrar, limitadamente, esta tolerancia para supuestos en los que «parece como si *a posteriori* se demostrara que el atentado contra la seguridad del tráfico mercantil no ha pasado de ser una mera alarma» (38).

Con la excusa absolutoria, el legislador pretende, en definitiva, incitar al culpable a que rectifique en su actuar ilícito, para, de este modo, lograr la exención punitiva. El fundamento del precepto no está, por ello, en el arrepentimiento activo, como pretende un determinado sector doctrinal (39), pues el mismo se dará o no realmente, sin que ello afecte a la vigencia de la excusa. Lo único que aquí interesa es que el librador del cheque (en descubierto) haga efectivo su importe en el plazo concedido, con indepen-

(36) Sentencia del TS de 1 de marzo de 1972 (RJA núm. 946).

(37) Vid. A. CARRETERO PÉREZ, «La protección penal del cheque», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 893 (1971), p. 8.

(38) E. RUIZ VADILLO, «Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de emisión de cheque en descubierto (artículo 563 bis b, según la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal)», en *Revista General de Derecho*, núm. 332 (1972), p. 456.

(39) Así, entre otros, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., p. 530, y A. MAJADA, *Cheques y talones de cuenta corriente (Normas bancarias, mercantiles, civiles y penales)*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 405.

dencia de que la rectificación sea producto del arrepentimiento o de cualquier otra causa. La última razón de ser de la norma estaría, como en otras excusas, en el desistimiento, en el hecho de no proseguir el culpable con su actuar antijurídico más allá del límite temporal legalmente previsto (40).

g) El artículo 564 del Código penal establece que «están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren; 1.º Los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea; 2.º El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona; 3.º Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos. La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito».

A pesar de que casi todos los autores califican la exención parental de genuina excusa absolutoria (41), considerándose por alguno como «la excusa legal por excelencia» (42), tampoco, en este caso, faltan opiniones discrepantes.

Así, según Vives Antón, «esta caracterización no es del todo adecuada, pues las excusas absolutorias presuponen un comportamiento posterior del agente que hace innecesaria la pena, mientras que, en el precepto que analizamos, la ausencia de necesidad de pena viene determinada por la relación parental del autor o partícipe con la víctima del delito», de donde deriva que «nos hallamos ante una causa personal de exclusión de la pena» (43).

Resulta evidente que, en la excusa parental, la exención de pena no se basa en un comportamiento del sujeto posterior a su actuar antijurídico y culpable. Ya lo advirtió Rodríguez Muñoz, diciendo que, en este supuesto, «desde su origen, desde su iniciación, la conducta del sujeto activo lleva en sí una modalidad determinante de la exclusión de responsabilidad criminal» (44). Pero es que las excusas absolutorias, como categoría unitaria, no tienen porqué basarse en una acción posdelictual.

(40) Vid., sobre las diversas cuestiones que suscita este supuesto de exención punitiva, A. MILLÁN GARRIDO, «Cheque en descubierto y excusa absolutoria», cit., pp. 195-212.

(41) Cfr., entre otros, F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 173; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., p. 664; y E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I, vol. 2.º, cit., p. 639.

(42) Cfr. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 393.

(43) T. S. VIVES ANTÓN, en *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 421. La tesis es compartida, entre otros, por Mir Puig, si bien partiendo de un concepto distinto de las excusas absolutorias. Cfr. S. MIR PUIG, en *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*, de H.-H. Jescheck, vol. II, Bosch, Barcelona, 1981, p. 762.

(44) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al tomo I*, cit., p. 167.

Ciertamente, dentro de las excusas, pueden distinguirse las posteriores a la comisión del delito de aquéllas «preexistentes». Así lo hacen algunos autores, como Rodríguez Ramos (45) o Higuera Guimerá (46), entre otros. Y no cabe duda de que las excusas previstas de antemano en la ley (los supuestos de inviolabilidad, la excusa parental o, para los que así lo consideran, el encubrimiento entre parientes) presentan una estructura normativa diversa a las que dependen del comportamiento posdelictual del agente.

Es por ello que en el Derecho alemán las exenciones posteriores a la comisión del delito se consideran «causas personales de anulación o levantamiento de la pena», mientras que las «preexistentes» se incluyen en una categoría distinta: las «causas personales de exclusión de la pena» (47).

No obstante, entre nosotros, ambas modalidades de exención punitiva a quien realizó un comportamiento antijurídico y culpable se incluyen en una misma categoría dogmática, la de las excusas absolutorias, acuñada por la doctrina desde una perspectiva unitaria, que, sin embargo, no desconoce la desigual estructura —e incluso naturaleza distinta— de las diversas modalidades que la integran (48).

La razón de ser de la excusa estriba en «el respeto a la unidad de la familia, deteniendo a sus puertas la investigación criminal, que, por sus graves consecuencias, produciría rencores inextinguibles» (49), consideración de política criminal que encontraría, además, apoyo en el principio de intervención mínima (50).

Este es, asimismo, el fundamento de la excusa para la jurisprudencia, que destaca cómo la exención punitiva «se debe a razones de política criminal que aconsejan cerrar el paso a la investigación penal en el seno de la familia, cuando de delitos patrimoniales se trata, para no interferir peyorativamente en las relaciones que mantienen los miembros más próximos» (51).

(45) L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Trivium, Madrid, 1986, p. 228.

(46) J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., pp. 107-108.

(47) *Vid.*, en este punto, J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., pp. 97-99.

(48) La jurisprudencia es unánime al calificar de excusa absolutoria la exención parental prevista en el artículo 564 del Código penal. Así, entre otras, las Sentencias del TS de 30 de junio de 1981 (*RJA* núm. 2937), 8 de julio de 1983 (*RJA* núm. 4130), 10 de mayo de 1988 (*RJA* núm. 3642), 17 y 22 de junio de 1992 (*RJA* núms. 5406 y 5805), y 4 de junio de 1993 (*RJA* núm. 4813).

(49) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 317.

(50) Cfr. J. A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, vol. III, Bosch, Barcelona, 1985, p. 134.

(51) Sentencia del TS de 31 de marzo de 1989 (*RJA* núm. 2780).

Para Bajo Fernández, la excusa parental tiene su última razón de ser en la menor culpabilidad objetivamente presumida, al concurrir en el autor —y presumirlo así el legislador— una conciencia de saberse perdonado o de la escasa gravedad del propio comportamiento, derivada del especial contenido vinculante de la relación de parentesco y de la concreta vida comunitaria que se desarrolla en el seno familiar (52). Para Bustos Ramírez, por el contrario, las razones de utilidad que fundamentan la excusa tienden a mantener el marco social en que se dan las relaciones sociales protegidas, los bienes jurídicos. Por ello, también en este caso, «la falta de necesidad de la pena está en relación al injusto y no a la culpabilidad» (53).

En cualquier caso, esta excusa absolutoria, cuyo alcance y contenido ofrecen complejas dudas al intérprete (54), carece hoy, en buena medida, del fundamento sustancial que en otro tiempo la justificó: la unidad y cohesión de la familia. Tal vez, como observa Rodríguez Devesa, «mejor remedio, para los fines que persigue el legislador, sería transformar estos casos en delitos perseguibles a instancia de parte, dejando en manos del perjudicado la apreciación de si es oportuno hacer uso de las acciones penales o perdonar» (55).

h) Para un minoritario sector doctrinal constituye, asimismo, una excusa absolutoria la previsión normativa contenida en el artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (56).

Dispone el indicado precepto que «siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también, sobre los mismos hechos, en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio». Y es constante y reiterada la jurisprudencia según la cual sin esa orden mandando deducir el tanto de culpa, una vez se halle ejecu-

(52) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial (Delitos patrimoniales y económicos)*, Ceura, Madrid, 1987, p. 12.

(53) J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 394.

(54) *Vid.*, especialmente, sobre el tratamiento jurisprudencial dado a las diversas cuestiones que el precepto suscita. F. PASTOR ALCOY, «La excusa absolutoria de parentesco. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 564 del Código Penal. Innovaciones del Anteproyecto. Reflexiones críticas y formularios», en *Revista General de Derecho*, núms. 598-599 (1994), pp. 7681-7738.

(55) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., p. 666.

(56) Cfr. J. F. HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, cit., p. 108. En el mismo sentido, entre los procesalistas, J. SÁEZ JIMÉNEZ, *Enjuiciamiento Criminal*, Santillana, Madrid, 1962, p. 883.

toriamente terminado el juicio y declarada la falsedad, no puede procederse por falso testimonio (57).

Pues bien, la retractación del artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone, ante todo, que el testigo ha consumado con sus declaraciones en fase sumarial un delito de falso testimonio, lo que acontece, por ser un delito formal o de simple actividad, en el mismo momento en que el sujeto emite la declaración falsa, concurriendo las demás circunstancias fijadas por la ley (elementos de los distintos tipos). No se trata, por ello, de un elemento típico negativo y complementario (descrito fuera de la ley penal) en cuya virtud el falso testimonio en causa criminal no se consumaría hasta que, llevada a cabo la falsedad en el sumario, concluyese el juicio oral sin una retractación efectiva. En segundo término, el citado precepto prevé una nueva y contradictoria declaración del testigo en el juicio oral que sea subjetivamente verdadera, esto es, conforme con lo que conoce de la realidad fáctica sobre la que es interrogado. Si esta segunda declaración no tiene lugar por el sobreseimiento de las actuaciones, por la no comparecencia del testigo o por cualquier otra causa, nada impide al tribunal *a quo* dar la orden de proceder por el delito consumado.

Este es, a grandes rasgos, el contenido del precepto examinado. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de tan limitado y *sui generis* derecho de retractación?. Por de pronto, parece claro que se trata de un supuesto en el que el sujeto ha realizado una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que la ley señala una pena, mas en el caso concreto esa pena no se hace efectiva porque hay un obstáculo legal que lo impide. Este obstáculo no es, sin embargo, de naturaleza sustantiva, ni su fundamento prioritario se encuentra en razones de política criminal, lo que impide considerarlo como una excusa absolutoria.

En realidad, como advertí en otro lugar (58), el artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es más que una norma procesal que halla su

(57) Vid. A. MILLÁN GARRIDO, «Las condiciones objetivas para proceder por falso testimonio en la jurisprudencia española», en *Documentación Jurídica*, núm. 12 (1976), pp. 873-885. Debe tenerse en cuenta, en este punto, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de septiembre de 1985, según la cual, «dado que la exigencia de la autorización judicial previa concedida por el juez ante el que se prestó la declaración presuntamente constitutiva de delito de falso testimonio no viene impuesta por norma legal alguna y sí sólo por doctrina jurisprudencial [...], tal exigencia vulnera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución, que no puede verse trabado por decisiones judiciales no apoyadas en normas legales» (BOE núm. 265, de 5 de noviembre).

(58) A. MILLÁN GARRIDO, *El delito de falso testimonio*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1979, pp. 188-190.

fundamento en el principio acusatorio abiertamente adoptado como sistema, para el juicio oral, por nuestra ley procedimental y que configura una específica condición objetiva de procedibilidad o, lo que es lo mismo, un requisito previo sin el que no puede abrirse el proceso y que, impide, en consecuencia, la imposición de la pena. Este sentido viene expresado por la propia Exposición de Motivos de la Ley, al señalar que, «mirando las cosas por este prisma y aceptada la idea fundamental de que en el juicio oral y público es donde han de desarrollarse con amplitud las pruebas, donde las partes deben hacer valer, en igualdad de condiciones, los elementos de cargo y descargo, y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio, surgía, natural y lógicamente, una cuestión por todo extremo grave y delicada; es, a saber: la de si la contradicción de un testigo entre su declaración en el juicio oral y las dadas ante el Juez instructor en el sumario sería por sí sola fundamento suficiente para someterle a un procedimiento criminal por el delito de falso testimonio. El Gobierno, después de madura deliberación, ha optado por la negativa. Al adoptar esta resolución ha cedido en primer término a las exigencias de la lógica, que no permite atribuir a los datos recogidos en el sumario, para la preparación del juicio, una validez y eficacia incompatibles con la índole y naturaleza del sistema acusatorio. No es esto, ciertamente, autorizar, ni menos santificar, el engaño y la mentira en el período de la instrucción; esa misma contradicción en las declaraciones testimoniales podrá ser libremente apreciada por los jueces y penetrar en el santuario de su conciencia como un elemento de convicción, si llega el caso, de juzgar el perjurio del testigo; lo que únicamente quiere la Ley es que éste no sea procesado como autor de falso testimonio por la sola razón de aparecer en contradicción con sus declaraciones sumariales, debiendo serlo no más cuando haya motivos para presumir que faltó a la verdad en el acto del juicio; porque, siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa, y el Tribunal los fundamentos de su veredicto, claro es que, en definitiva, sólo en este trámite puede el testigo favorecer o perjudicar injustamente al procesado y ser leal o traidor a la sociedad y a sus deberes de ciudadano. A esta razón puramente lógica agrégase otra de mayor trascendencia, cual es la de facilitar la investigación de la verdad y asegurar el acierto de los fallos».

De esta forma, si bien se deja constancia, en el último inciso, de la finalidad práctica de la norma, queda sobradamente destacado en el párrafo transcrito el principio acusatorio como fundamento teórico del derecho de retractación que la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al testigo

cuando declara en el juicio oral, así como la naturaleza netamente procesal del precepto en cuestión (59), que establece, en suma, no la pretendida excusa absolutoria, sino una condición objetiva de procedibilidad (60).

Cuestión bien distinta es que tal situación normativa pueda considerarse satisfactoria desde una perspectiva político-criminal.

Por mi parte, en un tratamiento específico del tema, me mostré abiertamente partidario de que «se hiciese expreso reconocimiento de la retractación en el Código penal como excusa absolutoria, al menos en relación al delito de falso testimonio, como ocurre en la mayor parte de las legislaciones penales pertenecientes a nuestro círculo sociocultural» (61). La necesidad de incluir un precepto de tal naturaleza en la ley material viene determinada, al igual que en otras excusas, por muy diversas consideraciones, aunque todas ellas de política criminal o, si se quiere, de utilidad o pura conveniencia. Este carácter tiene el facilitar, de cualquier modo, al culpable la anulación de su acción delictiva, el impedir, a toda costa, el, muchas veces inevitable, perjuicio que el falso testimonio ocasiona a la Administración de Justicia e, incluso, a los particulares, y que se vería eliminado con un posterior aserto verdadero, el interés, en definitiva, de conseguir, a cambio de un perdón, la pureza de la prueba, bien jurídico protegido en las diversas modalidades típicas de falso testimonio (62).

Estas consideraciones tuvieron ya acogida en el Proyecto de Código penal de 1980, cuyo artículo 511 disponía que «quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retractare en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto» (63), precepto que pasaría a ser el artículo 434 de la Propuesta de 1983 (64).

La excusa proyectada mereció, en sí, como medida de política legislativa, el visto bueno de la doctrina. No así su ámbito y la propia literalidad

(59) La doctrina procesalista es prácticamente unánime al destacar el principio acusatorio como fundamento del artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Valga, por todos, E. AGUILERA DE LA PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V (arts. 649 a 846), 2.^a edic., Reus, Madrid, 1924, pp. 434-436.

(60) *Id.*, sobre el contenido e interpretación jurisprudencial de esta condición objetiva de procedibilidad, A. MILLÁN GARRIDO, *El delito de falso testimonio*, cit., pp. 191-193.

(61) A. MILLÁN GARRIDO, «Falso testimonio y retractación», en *Revista General de Derecho*, núm. 423 (1979), p. 12.

(62) Cfr. A. MILLÁN GARRIDO, «Falso testimonio y retractación», cit., p. 13.

(63) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 108-I (17 de enero de 1980), pp. 749-750.

(64) *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 112.

de la norma. En cuanto al primer punto, Quintero consideró «sorprendente que su eficacia se limite al falso testimonio en causa criminal, que es el tipo más grave, y no a todos los supuestos posibles de falso testimonio [...], restricción que conduce indirectamente a una agravación de los falsos testimonios menos graves, es decir, los vertidos en procedimiento no criminal» (65). Respecto a la redacción, García Arán advirtió de los problemas interpretativos a que podía dar lugar, concretamente por lo que hacía a la expresión «en tiempo y forma [...], para que surta efecto», ya que, al contrario de lo que acontece en los Códigos penales italiano o alemán, no se habían incluido, en la fórmula propuesta, los límites temporales de la retractación. Para esta autora, «en tiempo y forma» es una expresión procesal que sólo puede referirse aquí al momento procesal oportuno y al órgano competente «para que surta efecto». Y si tal efecto debe equivaler a evitar una decisión judicial basada en el testimonio falso, el tiempo ha de equivaler al anterior a que recaiga sentencia y la forma a la retractación ante el juez que esté conociendo del asunto» (66).

En buena medida, la segunda de las consideraciones indicadas fue asumida por el Proyecto de Código penal de 1992, cuyo artículo 441 establecía que «quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retractare en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate, y siempre que, a consecuencia del falso testimonio, no se hubiera acordado la privación de libertad» (67), texto que mantiene, como artículo 439, el Proyecto de 1994, aún en tramitación parlamentaria (68).

III. BREVE REFERENCIA AL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1994

1. El Proyecto de Código penal de 1994 mantiene, aunque en términos distintos, el desistimiento en la tentativa, el encubrimiento entre parientes, la exención de pena a rebeldes y sediciosos y la excusa parental.

(65) Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, «Los delitos contra la Administración de Justicia», en *El Proyecto de Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 199.

(66) Cfr. M. GARCÍA ARÁN y M. J. MAGALDI, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, núms. 37-40, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal (1983), vol. 2, pp. 1183-1184.

(67) «Proyecto de Código Penal», en *Actualidad Penal Legislación*, núm. 13 (1992), p. 1023.

(68) «Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», en *Actualidad Penal Legislación*, núm. 12 (1994), p. 951.

a) El desistimiento en la tentativa (que, en el texto proyectado, comprende la actual frustración) ofrece un ámbito material más amplio. Expresamente se establece que «quedará impune el que evitare voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado» (art. 16.2).

Además, se añade, en el artículo 19, que, «cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito».

b) La excusa parental, aun conservando su formulación tradicional, es objeto de sensibles innovaciones que afectan tanto al ámbito subjetivo (posibles beneficiarios y condiciones para serlo) como al contenido material de la excusa, ampliándose el número de delitos sobre los que puede incidir. Dice, en efecto, el artículo 266 del Proyecto que «están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuviesen separados o en proceso de divorcio y, si viviesen juntos, los ascendientes, descendientes, afines o adoptivos, o hermanos por los hurtos, robos con fuerza en las cosas, defraudaciones, hurtos de uso de vehículos o daños que se causaran entre sí», disposición que «no es aplicable a los extraños que participaren en el delito» (69).

c) El encubrimiento entre parientes, conforme a la nueva sistemática derivada de la autonomía conferida al acto en sí, aparece regulado en el artículo 431 del Proyecto, según el cual, «están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de convivencia, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el supuesto primero del número 1 del artículo 428», esto es, quienes hubiesen auxiliado, sin ánimo de lucro propio, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito.

Se mantiene, pues, una redacción prácticamente idéntica a la del vigente artículo 18. Sólo se ha sustituido el término «afectividad» por el de «convivencia», en orden a determinar aquellas relaciones análogas a la matrimonial que pueden servir de base a la exención de pena (70).

(69) *Vid.*, con un análisis minucioso del texto proyectado y sus innovaciones, F. PASTOR ALCÓY, «La excusa absolutoria de parentesco», cit., pp. 7725-7730.

(70) La sustitución procede de la propuesta, en tal sentido, formulada, respecto a la circunstancia mixta de parentesco, en el Anteproyecto de 1992, por el Informe del Con-

d) Por último, a pesar de la generalizada crítica al vigente artículo 226, el Proyecto reproduce prácticamente su contenido. Dispone, en efecto, el artículo 459 que «quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias». En su apartado segundo, mantiene, en términos idénticos, la atenuante específica para los «meros ejecutores», si bien añadiendo que «la misma pena se impondrá si los rebeldes se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de la intimación o a consecuencia de ella». Tanto la excusa absolutoria como la atenuante específica son aplicables al delito de sedición (art. 532).

2. La aprobación del Proyecto no afectaría a las excusas absolutorias por regularización con la Hacienda Pública o la Seguridad Social, por cuanto la Disposición derogatoria exceptúa el título VI del Libro II del vigente Código penal.

3. De las actuales excusas sólo desaparece, en el texto proyectado, la referida al pago del cheque en el libramiento sin provisión, al despenalizarse esta conducta.

La autónoma previsión normativa del cheque en descubierto fue postulada, a partir de los años cuarenta, por un relevante sector de nuestra doctrina, que puso de manifiesto, con distintos argumentos de política criminal, la necesidad de conferir al título una tutela penal específica (71).

Esta orientación, que llegó a ser asumida por la Fiscalía del Tribunal Supremo (72), se materializó en la reforma de 1963, que introdujo el cheque en descubierto en el artículo 535 bis del Código. No obstante, la configuración aún vigente de este delito procede de la reforma de 1971, que, regulándolo fuera de las defraudaciones, en un capítulo independiente, integrado por el artículo 563 bis b), pretendió conseguir una protección absoluta del cheque. Para ello, se distinguen aquellos supuestos en que medie finalidad defraudatoria, castigados como estafas, del genuino delito

sejo General del Poder Judicial, del que fue ponente T. S. VIVES ANTÓN. Cfr. «Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y Votos agregados del Consejo General del Poder Judicial», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 11 (1992), p. 216.

(71) *Vid.*, especialmente, E. CUELLO CALÓN, *La protección penal del cheque*, Bosch, Barcelona, 1944 (con posteriores ediciones en 1949 y 1959), y F. DÍAZ PALOS, «Cheque (Protección penal)», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Edit., t. VI, Barcelona, 1956, pp. 201-206. La propuesta fue, sin embargo, contestada, desde el primer momento, por sectores más progresistas de nuestra doctrina. Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, «En torno al cheque sin provisión de fondos», en *Revista de Derecho Privado*, t. XLIV (1960), p. 97; y «De nuevo sobre el cheque en descubierto», en *Revista de Derecho Privado*, t. XLVIII (1964), p. 81.

(72) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1952, p. 133.

de cheque en descubierto, en el que el bien jurídico protegido no es el patrimonio individual sino la seguridad del tráfico mercantil.

En aras de esta seguridad, concretada en la pretensión legislativa de que la apariencia del documento coincida con la realidad, se conformó un delito marcadamente «formal», de insatisfactorias consecuencias (73), sólo mitigadas mediante una ponderada interpretación jurisprudencial que destacó la necesidad de no olvidar la propia significación del cheque en el ámbito jurídicomercantil (74).

La doctrina reaccionó muy pronto, con una crítica generalizada, contra la autónoma protección penal del cheque (75), que, por demás, se encontraba ya en regresión en casi todas las legislaciones pertenecientes a nuestro ámbito sociocultural.

A pesar del sentir mayoritario que, con insistencia, consideró innecesaria y contraproducente la tutela del documento en los términos indicados, el Proyecto de Código Penal de 1980 mantuvo, sin alteraciones sustanciales, la incriminación del cheque en descubierto, como «infracción relativa al tráfico de medios de pago y crédito», en su artículo 354, que, asimismo, en el párrafo quinto, preveía la excusa absolutoria de pago «en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de ser requerido fehacientemente para ello».

La norma proyectada fue, con unanimidad, objeto de crítica por la doctrina, que, manifestando la opinión general, consideraba que las distintas modalidades del cheque en descubierto o constituyen otro delito (estafa o falsedad) o no suponen más que un mero incumplimiento de obligaciones civiles (76).

(73) Vid., sobre algunas de ellas, parcialmente eliminadas tras la nueva normativa jurídicomercantil contenida en la Ley 19/1985, de 16 de julio, A. MILLÁN GARRIDO, «Cheque y postdatación», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 18 (1985), pp. 389-412; y «Breves consideraciones sobre el tratamiento jurídicopenal del cheque postdatado», en *Revista General de Derecho*, núm. 498 (1986), pp. 563-578.

(74) Vid. E. RUIZ VADILLO, «El delito de emisión de cheque en descubierto en la práctica judicial», en *Documentación Jurídica*, núm. 2 (1974), pp. 439-467.

(75) Valga, por todos, M. MORENO MOCHOLI, «La invasión del abstracto en el Derecho hasta el nuevo delito de cheque en descubierto», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, Eunsa, Pamplona, 1969, p. 205.

(76) Cfr. J. M. STAMPA BRAUN y E. BACIGALUPO, «La reforma del Derecho penal económico español», en *El Proyecto de Código Penal*, cit., p. 158.

En el mismo sentido, entre otros, G. QUINTERO OLIVARES, «Economía e instrumentos represivos», en *Papers*, núm. 13 (1980), p. 208; F. MUÑOZ CONDE, «La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en *Revista Jurídica de Cataluña*, t. LXXXI (1982), p. 143; y J. JOVÉ JANÉ, «La necesaria supresión del delito de cheque en descubierto», en *Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, p. 381.

Atendiendo a esta común posición, contraria a su incriminación, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 procedió a la despenalización del cheque en descubierto, que, de no integrar otro delito, constituiría tan sólo una forma de ilícito civil.

La despenalización se mantuvo en el Proyecto de 1992 y en el actual, que se limita a considerar, como tipo agravado de estafa, la que «se realice mediante cheque, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio» (art. 243).

4. Finalmente, el Proyecto de Código penal incluye, en su articulado, diversas previsiones legales que bien pudieran considerarse, en una primera aproximación al texto, como nuevas excusas absolutorias. Es el caso de las exenciones punitivas contenidas en los artículos 210.2, 333.2, 405 y 439 del texto. Del último de estos preceptos, que prevé la retractación del falso testigo en causa criminal, ya me he ocupado en el apartado anterior.

Según el artículo 210.2, el que, para perjudicar al otro contrayente, hubiese celebrado matrimonio inválido «quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado».

El artículo 333.2 dispone que «la conducta prevista en el párrafo anterior [prender fuego a montes o masas forestales] quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor».

Por último, el artículo 405 establece que «quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que hubiere accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hubieren transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos».

IV. ANÁLISIS DE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS CONTENIDAS EN CÓDIGO PENAL MILITAR

1. *Planteamiento*

En sentido estricto, el Código de Justicia Militar no contiene más excusas absolutorias que las previstas respecto a los delitos de traición y espionaje (art. 67) y para la rebelión en tiempo de guerra (art. 82.1). También contempla dos supuestos, uno genérico (art. 23.3) y otro específico (art. 129. 2 y 3), de exención de pena al pariente encubridor. De estas disposiciones vamos a ocuparnos ahora, en un análisis que, aun con pre-

tensión básicamente expositiva, determine su origen normativo, naturaleza, alcance y contenido.

Antes, debe significarse que, obviamente, en la aplicación del Derecho penal militar rigen, con independencia de cuál sea su naturaleza, las exenciones de penas que se confieren a los supuestos constitucionales de inviolabilidad (arts. 56.3 y 71.1 CE) y al desistimiento en la tentativa (art. 3.1 CP).

Y, por supuesto, es de aplicación el artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya naturaleza —condición objetiva de procedibilidad y no excusa absolutoria— ha sido puesta de manifiesto, precisamente, por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, para la que, de dicho precepto «se deduce, de una parte que los testigos que hayan declarado de forma inveraz en la fase sumarial y, por el contrario, lo hagan con arreglo a la verdad en el acto del juicio oral no pueden ser perseguidos por el delito de falso testimonio cometido en aquella primera fase del proceso, y por otro lado que, para la persecución del delito del falso testimonio es suficiente, si el testigo no comparece a declarar en el juicio oral, con que la declaración mendaz se haya producido en el sumario, estableciendo así un verdadero derecho de retractación en favor de los testigos que declarasen en el plenario [...]. Lo trascendente no es, sin embargo, si el derecho de retractación puede o no ser ejercido en el sumario, sino el hecho de que su consagración legal, precisamente para el acto del juicio oral, pone de relieve la mayor trascendencia que la prueba celebrada en ese acto tiene para que el tribunal forme su convicción» (77).

Por último, dentro de estas consideraciones previas, me parece oportuna una referencia al artículo 105 del Código penal militar, derogado por la Disposición adicional octava de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre.

Establecía dicho precepto que, «en los delitos militares flagrantes de traición, rebelión, sedición, los de insulto a superior, desobediencia, cobardía, quebrantamiento de servicio y contra las leyes y usos de la guerra, el superior que incurriere en el abuso de autoridad previsto en los dos artículos anteriores, quedará exento de responsabilidad si se prueba que tuvo por objeto contener por un medio racionalmente necesario y proporcionado la comisión de aquéllos».

Los antecedentes de la exención se encuentran en los artículos 202.2 del Código penal de la Marina de Guerra de 1888, 325.2 del Código de

(77) Sentencia del TS de 22 de septiembre de 1989 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 277).

Justicia Militar de 1890 y 434.2 del Código de 1945. En relación a este último, advertía la doctrina cómo se trataba, no de una excusa absolutoria, sino de una causa de justificación (78). Precisamente por ello, entendía Rodríguez Devesa que, aun cuando no hubiese figurado tal previsión específica, «los casos que se mencionan producirían del mismo modo la exención de responsabilidad criminal, por tratarse de supuestos en los que el superior se limita a cumplir el deber que en todo momento tiene de mantener la disciplina entre sus inferiores, deber que puede justificar su conducta aun en supuestos no previstos específicamente» (79).

La Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar optó, no obstante, por mantener la específica exención de pena, respecto al delito de abuso de autoridad (80), en el artículo 101 del Anteproyecto, cuya rúbrica era, precisamente, la de «Justificación de la conducta» (81).

Tal opción fue ya, en esos momentos, cuestionada por algunos sectores jurídicomilitares, para los que «sobra el artículo 101, porque se refiere a la justificación de conducta de un superior cuando trata de «contener por un medio racionalmente necesario» determinados delitos militares [...]. Cuando el superior actúe con esa finalidad amparado por una causa de justificación para evitar la comisión de un delito o falta, no puede hablarse propiamente de un abuso de autoridad ni de un maltrato de obra» (82).

El precepto pasaría, sin embargo, como artículo 104 del Proyecto (83) y, con algún retoque, al texto definitivo (art. 105).

No pretendo aquí ocuparme de la norma (84), pero sí destacar que contemplaba una causa de justificación. Así lo había advertido el legislador, así

(78) Cfr. J. ROJAS CARO, «El maltrato de obra a un inferior en el Código de Justicia Militar», en *Revista General de Derecho*, núms. 493-494 (1985), pp. 3238-3240.

(79) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, «Extralimitaciones en el ejercicio del mando», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Edit., t. IX, Barcelona, 1958, p. 399.

(80) Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, Acta de la Sesión del día 24 de abril de 1981, p. 2.

(81) *Anteproyecto de Código Penal Militar*, Madrid, 1982, p. 66. La naturaleza jurídica del precepto es, asimismo, destacada en el preámbulo del texto (p. 21).

(82) Informe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército, 23 de junio de 1982, p. 8.

(83) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-I (12 de noviembre de 1984), p. 1855.

(84) *Vid.*, especialmente, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «Delito de abuso de autoridad», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coord. por R. Bleuca Fraga y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Civitas, Madrid, 1988, pp. 1386-1401. Desde una perspectiva específica, M. SÁENZ SAGASETA DE ILÚRDOZ, «Un caso de represión directa de las infracciones graves del Derecho humanitario: el artículo 105 del Código penal militar

se había resaltado en el propio texto (que se refería a una exención de responsabilidad y no de pena) y así lo entendía la doctrina (85), que, incluso, consideró «superada la opinión de que es una excusa absolutoria» (86).

Pero si se traen aquí estas consideraciones es porque, discrepando de la posición general, Higuera Guimerá sostiene que el derogado artículo 105 «contemplaba una excusa absolutoria» (87) y la memoria de remisión a las Cortes del Anteproyecto de Ley del Servicio Militar se refería a «la excusa absolutoria del abuso de autoridad» (88).

Y de dicha tesis —unida a la propia supresión del precepto— podría deducirse que, en la vigente legalidad, las vías de hecho del superior tendentes a contener la flagrante comisión de delitos graves serían, en todo caso, antijurídicas. Es más, así lo entendió, durante la tramitación parlamentaria de la reforma, el Grupo Popular cuando, en el Congreso de los Diputados, se opuso a la supresión del precepto (enmienda núm. 124), proponiendo que se mantuviese, si bien, en los casos de desobediencia, ésta se limitaría a la «cometida en tiempo de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave» (enmienda núm. 125), postura reiterada en el Senado con las enmiendas números 112 y 113 al texto proyectado (89).

español», en *Revista General de Derecho*, núms. 538-539 (1989), pp. 4731-4736. El tema constituyó, incluso, el núcleo de la tesis doctoral de Rojas Caro, donde insiste en los planteamientos vertidos en anteriores publicaciones. Cfr. J. ROJAS CARO, *La coerción directa del superior jerárquico (Vías de hecho y abusos de autoridad legítimos)*, tesis inédita, Sevilla, 1994.

(85) *Vid.*, entre otros, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «Delito de abuso de autoridad», *cit.*, pp. 1394-1397; M. SÁENZ SAGASETA DE ILÚRDOZ, «Un caso de represión directa de las infracciones graves del Derecho humanitario», *cit.*, p. 4734; J. ROJAS CARO, *La coerción directa del superior jerárquico*, *cit.*, pp. 464-466.

A. Beltrán entiende, asimismo, que «la redacción del artículo es confusa, pero es evidente que está describiendo una causa de justificación». Cfr. A. Beltrán Núñez y J. PADILLA CARBALLADA, «Código penal militar», en *Legislación penal especial*, Colex, Madrid, 1986, p. 59.

(86) Cfr. J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «La derogación del artículo 105 del Código penal militar: vías de hecho, delito flagrante y abuso de autoridad», en *Los delitos contra la prestación del servicio militar*, coord. por A. Millán Garrido, JM Bosch Edit., Barcelona, 1995, p. 604.

(87) J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho penal militar español*, vol. I: «Parte General», Bosch, Barcelona, 1990, p. 444.

(88) *Vid.* J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «La derogación del artículo 105 del Código penal militar», *cit.*, p. 577.

(89) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 60-3 (17 de octubre de 1991), pp. 60-61; y Senado, IV Legislatura, Serie II, núm. 57 (c) (21 de noviembre de 1991), pp. 50-51.

Tal entendimiento resulta, sin embargo, inadmisibile. El artículo 105 no constituía sino una específica circunstancia de «justificación de la conducta», mantenida en el Código por consideraciones históricas y de oportunidad, pero que suponía, en suma, un precepto superfluo e, incluso, contradictorio. Superfluo porque, a diferencia de aquellas otras disposiciones que prevén, precisamente, excusas absolutorias, el artículo 105 contemplaba, según se viene indicando, una causa de justificación, reconducible, en todo caso, al ámbito de las circunstancias generales de exclusión de antijuridicidad de la conducta. Y contradictorio porque, en último término, si la acción del superior es «la debida», no puede hablarse de abuso de autoridad (90).

Por ello, el Tribunal Supremo ha calificado, con acierto, esta alteración normativa como «mera corrección técnica», destacando que «la exención de responsabilidad que venía recogida en el indicado artículo 105 del Código penal militar actuará siempre en el mundo del Derecho cuando las circunstancias que la justifiquen concurren» (91).

2. *El encubrimiento entre parientes (arts. 23.3 y 129.2 y 3 CPM)*

A) *Previsiones legales: antecedentes*

El Código penal militar presenta una doble previsión normativa del encubrimiento entre parientes: las contenidas en los artículos 23.3 y 129.2 y 3.

La primera de ellas, de carácter genérico, viene incluida tras la regulación del encubrimiento: «Salvo en tiempo de guerra, no se perseguirá como encubridores al cónyuge, o persona ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los ascendientes, descendientes o hermanos del encubierto». La segunda es consecuencia de la autónoma consideración del encubrimiento en los delitos de abandono de destino o residencia y desertión. En tal supuesto, también «quedará exento de pena el encubridor que lo fuere de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, de su ascendiente, descendiente o hermano. No obstante, en tiempo de guerra, se podrán imponer en todo caso las mismas penas que a los autores de los respectivos delitos».

(90) Cfr. A. MILLÁN GARRIDO, «Prólogo» a la 4.ª edición de *Código penal militar y legislación complementaria*, 5.ª edic., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 42-43.

(91) Sentencia del TS de 9 de marzo de 1992 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 62).

a) La previsión genérica del encubrimiento entre parientes tiene sus antecedentes —además de en la legislación común— en el Código penal para el Ejército de 1884 (art. 14) y en el Código penal de la Marina de Guerra de 1888 (art. 26).

El Código de Justicia Militar de 1890 se limitó a establecer que, en esta materia, serían de observancia «los preceptos del Código penal ordinario» (art. 174).

El Código de 1945 optó, en cambio, conforme al principio de integridad formal adoptado, por transcribir la fórmula del artículo 18 del Código penal en un precepto (el artículo 200) merecedor de escasa atención a la doctrina, que, sin embargo, destacó su fundamento.

Para Querol, se trataba de «una excusa absolutoria basada en que es humano atender al natural influjo que, para auxiliar a los familiares —aun conociendo que no han obrado bien—, tienen los vínculos de sangre» (92). En sentido similar, apuntaba Landín Carrasco que «tal exención es natural, ya que la ley fundadamente supone y justifica que los parientes íntimos se protejan y se encubran, ya por afecto, ya por salvar el buen nombre de la familia» (93).

La cláusula actual es, sin embargo, fruto de diversas vicisitudes y cambios de criterios, no siempre afortunados, a lo largo de la génesis y tramitación parlamentaria del precepto.

Desde que, en 1950, «se desgajó el encubrimiento lucrativo del artículo 17 del Código penal, en el que venían englobados todos los supuestos de encubrimiento, regulándolo como delito autónomo, manteniendo las demás formas como encubrimiento-participación, las críticas formuladas al legislador desde el campo de la doctrina científica fueron unánimes, por no haber aprovechado la ocasión para regular como delitos autónomos todas las conductas que, por ser post-delictuales, no deban reputarse como constitutivas de formas de participación» (94).

Haciéndose eco de esta opinión común, el encubrimiento (favorecimiento personal y real) fue incluido como delito contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código penal de 1980 (arts. 515-517), criterio

(92) F. DE QUEROL Y DURÁN, *Principios de Derecho militar español, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. II: «Derecho Penal Militar», Edit. Naval, Madrid, s.f., p. 121.

(93) A. LANDÍN CARRASCO, *Manual de Derecho penal y procedimientos militares*, 5.ª edic., Imprenta del Ministerio de Marina, Madrid, 1963, p. 47.

(94) Cfr. M. GARCÍA MIGUEL, «Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, núms. 37-40 (1983), vol. 2, cit., p. 1113.

que permaneció en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (arts. 423-425) y que, retomado en el Proyecto de 1992 (arts. 430-433), se mantiene en el actual texto en tramitación (arts. 428-431).

Pues bien, los redactores del Código penal militar, en ésta como en otras materias, siguieron la línea marcada por el Proyecto de 1980 y, en consecuencia, regularon el encubrimiento de forma autónoma, concretamente en el artículo 87, integrante del capítulo IV del título IV («Delitos contra la institución militar») del Anteproyecto de 1982 (95). En lo atinente a la exención punitiva, con transcripción prácticamente literal del artículo 517 del Proyecto, se disponía que, «salvo en tiempos de guerra, no se aplicarán las penas de este capítulo a los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos del favorecido, ni a quienes estén ligados al mismo por análoga relación de afectividad» (art. 87.2).

Al nuevo criterio aludía el preámbulo del Anteproyecto, señalando que «el capítulo IV, dedicado al encubrimiento de delitos militares, contiene una detallada referencia a los distintos supuestos en que se estima conveniente tipificarlos como figura autónoma, en lugar de acudir a lejanos planteamientos generales de la legislación común» (96).

La justificación —ciertamente poco fundada y menos esclarecedora— no evitó la reacción contraria, al cambio normativo proyectado, por algunos sectores jurídicomilitares. Así, se dijo que «no hay razón que explique por qué [el encubrimiento] se inserta, como un delito autónomo, en un título destinado a tratar de una especie o clase determinada de infracciones cuando el encubrimiento se considera por la doctrina como una forma de participación en el delito de cualquier género y no como un tipo delictivo en sí mismo (salvo la receptación), [...], por lo que], en buena sistemática, sería más adecuada la inclusión de su concepto en el Libro I» (97). Más consistencia ofrecía el entendimiento de que, en tanto no se reformase la legislación común, el nuevo planteamiento origina una discordancia con el Código penal que, «cuando se silencia todo lo relativo a la participación criminal con remisión tácita al Derecho común, no es deseable ni afortunada» (98).

Debe reconocerse que, en lo que a la exención de pena respecta, la redacción era —como la del artículo 517 del Proyecto de 1980— altamente defectuosa, en especial porque ampliaba, injustificadamente, el beneficio

(95) *Anteproyecto de Código Penal Militar*, cit., p. 62.

(96) *Anteproyecto de Código Penal Militar*, cit., p. 18.

(97) Informe de la Asesoría Jurídica de la Junta de Jefes de Estado Mayor, 2 de julio de 1982, pp. 10-11.

(98) Informe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército, 23 de junio de 1982, p. 8.

a los parientes que auxiliaran, sin ánimo de lucro propio, a los ejecutores de un delito «para que se beneficien del producto, provecho o precio», a la vez que refería la «análoga relación de afectividad» no sólo a la de los cónyuges, sino también a la de ascendientes, descendientes y hermanos. Y, asimismo, la ubicación del encubrimiento, dentro de la parte especial, resultaba muy cuestionable, porque cuestionable era la propia categoría de los «delitos contra la institución militar» en que se insertaba.

Pero, en esencia, el criterio del Anteproyecto era acertado y, en mi opinión, debió haberse mantenido con las rectificaciones oportunas, entre ellas la inclusión del precepto entre los «delitos contra la Administración de la Justicia Militar», dentro de un título que no aparecería, como se sabe, hasta la tramitación del texto en el Senado (99).

No fue así. Y si bien en el Proyecto no se altera sustancialmente la configuración normativa del «encubrimiento de delitos militares», restringiéndose tan sólo el ámbito material subjetivo de la exención de pena (art. 89), en el Congreso de los Diputados fue aceptada una enmienda (la número 92) del Grupo Popular, conforme a la cual, el encubrimiento debía ser «devuelto» al Libro I, «que se refiere a las disposiciones generales, desde el momento en que, conforme a la redacción del artículo 89, el encubrimiento se pena para todos los delitos militares, sin excepción» (100). Surge, así, un artículo 23 bis, que pasaría a ser el 24 del texto aprobado por el Pleno (101) y, sin más alteraciones, el vigente artículo 23.

b) Ha sido tradicional en nuestro Derecho histórico la incriminación autónoma de las distintas formas participativas en el delito de deserción, aunque no siempre se recogiese expresamente la exención de pena al pariente encubridor. Lo hicieron el Código penal de la Marina de Guerra de 1888 (art. 228) y el Código de Justicia Militar de 1945 (art. 380), remitiéndose, en ambos casos, a la previsión genérica del encubrimiento entre parientes contenido en la parte general (102).

Sin embargo, en los trabajos preparatorios del vigente Código, sus redactores no consideraron, inicialmente, necesario un tratamiento especí-

(99) Esta es también la opinión de Rodríguez-Villasante. Cfr. J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «El Código penal militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 499 (1986), p. 1303.

(100) Vid. J. A. FERNÁNDEZ RODERA, «El encubrimiento», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pp. 449-450.

(101) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-III (1 de julio de 1985), p. 1866/112.

(102) Vid. A. MILLÁN GARRIDO, *El delito de deserción militar*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 15 y 153-154.

fico de estas formas de participación (103). Fue en la última revisión cuando se incorporó al Anteproyecto una disposición común (artículo 136) que, en su párrafo primero, confería autonomía punitiva a la apología, el auxilio y el encubrimiento de cualquiera de los delitos contra el deber de presencia y prestación del servicio militar. El precepto, en sus párrafos segundo y tercero, añadía: «Quedarán exentos de penas los encubridores que lo fueren de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos o quienes estuviesen ligados por análoga relación de afectividad. No obstante, en tiempos de guerra, se podrán imponer, en todo caso, las mismas penas que a los autores de los respectivos delitos» (104).

El criterio mantenido por la Comisión fue cuestionado en el propio Ministerio de Defensa, que no comprendía «la necesidad de haber sancionado específicamente supuestos de encubrimiento en determinados delitos, como ocurre [...] con aquellos contra el deber de presencia y prestación del servicio militar» (105).

El tema fue debatido en la posterior revisión general del Anteproyecto, llegándose a una solución de compromiso, que limitó el alcance del precepto a «los delitos comprendidos en las Secciones 1.ª y 2.ª» del capítulo, esto es, al abandono de destino o residencia y a la desertión. Se excluía la participación en los quebrantamientos especiales del deber de presencia y, de modo especial, en la inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo.

Tal fue el alcance conferido a la previsión del artículo 128 del Proyecto (106), que permanecería inalterada durante toda la tramitación parlamentaria, pasando a ser el vigente artículo 129, que sólo de modo indirecto ha visto afectado su contenido con la reforma operada en los delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar por la Disposición Adicional 8.ª de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar (107).

(103) Vid. las actas de la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, especialmente la de la Sesión del día 24 de abril de 1981, p. 13. Asimismo, A. MILLÁN GARRIDO, «Delitos contra el deber de prestar el servicio militar», memoria inédita, Madrid, 1981.

(104) *Anteproyecto de Código Penal Militar*, cit., pp. 75-76.

(105) Informe de la Asesoría General del Ministerio de Defensa, 1 de julio de 1982, p. 13.

(106) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 123-I, cit., p. 1858.

(107) Vid. A. MILLÁN GARRIDO, «La reforma de las infracciones contra el deber de presencia: los delitos de desertión y ausencia arbitraria», en *Derecho penal y procesal militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 69-115.

B) *Naturaleza jurídica*

Aunque las previsiones legales contenidas en los artículos 23.3 y 124.2 y 3 del Código penal militar no son exactamente coincidentes y, en ambos casos, difieren de sus correlativos preceptos en la legislación común, vigente y proyectada, todos estos supuestos de exención de pena al pariente encubridor presentan, con el mismo fundamento, idéntica base sustancial. O, lo que es lo mismo, ofrecen la misma naturaleza jurídica.

Ya advertí, en el apartado general de este trabajo, que la naturaleza jurídica del encubrimiento entre parientes no entraña una cuestión pacífica, sino un tema respecto al cual la doctrina se encuentra dividida, con posiciones rigurosamente fundadas.

En este lugar, es mi intención limitarme a exponer las tesis sostenidas y argumentos esgrimidos, para, después, con independencia de nuestro criterio y, en cuanto sea posible, tomando en consideración ambas posiciones, analizar, especialmente en sus particularismos, los supuestos —genérico y específico— de encubrimiento entre parientes previstos en la legislación penal militar:

a) Para Silvela, la exención de pena dispensada al pariente encubridor constituye una genuina excusa absolutoria (108), posición que se generalizaría entre los autores de la época (109). Con posterioridad, incluso Antón Oneca parece sostener esta tesis, pues aun cuando advierte que en la exención «predomina el aspecto de inculpabilidad» (110), observa, a continuación cómo «la ley no ha dejado al juez la investigación del caso concreto, como es lo más propio del juicio de culpabilidad, para determinar cuando realmente ha sido el afecto determinante del encubrimiento (es posible, por ejemplo, que el hermano haya procedido por motivos políticos, perteneciendo ámbos a la misma secta o que sea más intenso que entre parientes el afecto entre prometidos o amigos), sino que ha establecido una presunción de inculpabilidad fundada en razones de utilidad social» (111).

En la doctrina actual, se insertan en este sector favorable a la consideración del encubrimiento entre parientes como excusa absolutoria, entre

(108) L. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte Segunda, cit., pp. 201-202.

(109) *Vid.*, entre otros, Q. SALDAÑA, *Derecho penal español*, adicionado al *Tratado de Derecho penal* de F. von Liszt, trad. de L. Jiménez de Asúa, t. III, Rcus, Madrid, s.f., p. 135; M. LÓPEZ-REY Y ARROJO y F. ALVAREZ VALDÉS, *El nuevo Código penal*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 80.

(110) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 317.

(111) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 318.

otros, Rodríguez Mourullo, Bajo Fernández, Rodríguez Ramos y Bustos Ramírez (112).

Destaca, en efecto, Bustos cómo la exención de pena, en este supuesto, «aparece presumida *iuris et de iure*, y lo propio de las causas de inexigibilidad es todo lo contrario, es decir, su apreciación en el caso concreto y conforme a las circunstancias», de forma que la inexigibilidad podrá concurrir o no, sin que ello obste a la aplicación del precepto (113).

Para este autor, «lo único que juega en definitiva es la consideración políticosocial de la alteración formal de las relaciones familiares (y semejantes) que se produciría, y no la necesidad imperiosa de actuar para el sujeto en razón del significado material de dichas relaciones» (114).

A favor de esta tesis estaría la «objetivización» de la fórmula normativa en el Proyecto de 1994, en la que, como se ha indicado, la «relación de afectividad» es sustituida por una «relación de convivencia».

b) No obstante, puede reputarse hoy mayoritaria la tesis que considera el encubrimiento entre parientes como un supuesto de no exigibilidad de otra conducta, en definitiva como una causa excluyente de la culpabilidad.

Resulta, a mi modo de ver, esclarecedor el comentario de Alvarez Martínez al artículo 14.2 del Código penal de 1848, del que procede la exención en los términos vigentes. Dice el referido autor: «El fundamento de esta escepcion es racional y poderoso. ¿Con qué derecho podría exigir la ley que un padre, sabiendo que su hijo había cometido un crimen que debía perderle no procurase borrar hasta los vestigios de su existencia para que no llegase a ser descubierto? [...]. Hay una ley más antigua que las sociedades y superior a sus leyes, la ley de la naturaleza; y sería inmoral que una ley humana exigiese de un padre, de un hijo, de una muger, que sofocasen esos honrosos sentimientos que ennoblecen tan bellos nombres, y que enaltecen tanto á nuestra especie. Solo á un padre desnaturalizado, solo á una muger degradada se les puede exigir en lance tan crítico que no tiendan una mano de favor y proteccion a una persona desgraciada, por lo mismo que se ha hecho culpable, y con quien le unen vínculos de tal especie» (115).

(112) *Vid.*, con una síntesis de la argumentación, J. F. HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, cit., pp. 22-23.

(113) J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 391.

(114) J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 392.

(115) T. M. DE VIZMANOS y C. ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, tomo 1, Madrid, 1848, p. 181.

En sentido similar se manifestó Pacheco (116), al que invoca expresamente Rodríguez Muñoz para avalar su reacción contra la doctrina tradicional y, en definitiva, su tesis favorable a la concepción del encubrimiento entre parientes como causa de no exigibilidad de una conducta distinta (117).

En esta línea, para Rodríguez Devesa, «el sujeto es imputable y actúa dolosamente. Por lo tanto, hay que concluir que si no existe culpabilidad es porque la ley no juzga oportuno exigir un comportamiento diverso» (118). Más allá va Sainz Cantero, quien destaca cómo el pariente encubridor realiza su acción con plena conciencia y voluntad, y, aunque sabe que su comportamiento es antijurídico, no puede, humanamente, determinarse de acuerdo con el deber (119).

Con orientación similar, Díaz Palos sostiene cómo, en el encubrimiento entre parientes, «no se excluye la pena *utilitatis causa*, por más que concurran la antijuridicidad y la culpabilidad, sino que realmente falta esta última porque, humanamente, no se les puede exigir a tales parientes otra conducta que la que les dicta la voz de la sangre y de la naturaleza. Habrán obrado tales parientes al encubrir al deudo de modo antijurídico, serán capaces de imputación y habrán sido conscientes de su acto, pero no se les puede hacer reproche del mismo» (120).

En suma, como observa Navarrete Urieta, «la acción es la resultante de una dura alternativa, en la que no sería humanamente posible un comportamiento distinto, no llegando a surgir el reproche de la conducta que es lo que constituye la esencia de la culpabilidad» (121).

Siguen, asimismo, esta orientación, entre otros, Cuello Calón (122), Quintero Olivares (123) e Higuera Guimerá (124). Por mi parte, también me he manifestado, en ocasiones anteriores, a favor de considerar «todo

(116) J. F. PACHECO, *El nuevo Código Penal concordado y comentado*, tomo 1, Madrid, 1848, p. 291.

(117) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas* al tomo I, cit., p. 166.

(118) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., p. 654.

(119) J. A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, vol. III, cit., pp. 121-122.

(120) F. DÍAZ PALOS, «Culpabilidad jurídico-penal», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Edit., t. VI, Barcelona, 1954, p. 144.

(121) J. M. NAVARRETE URIETA, «El encubrimiento entre parientes (artículo 18 del Código penal)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIII (1960), p. 237.

(122) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I (*Parte General*), vol. 2.º, cit., p. 640.

(123) G. QUINTERO OLIVARES y F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona, 1983, p. 98.

(124) J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., p. 23.

supuesto de encubrimiento entre parientes como una forma de no exigibilidad de otra conducta» (125).

C) *Elementos*

a) Presupuesto para que opere la exención de pena prevista en los artículos 23 y 129 del Código penal militar es que se haya producido un acto de encubrimiento, en cualquiera de las tres modalidades descritas en el primero de los indicados preceptos.

No están, pues, excluidos del beneficio —como acontece en la legislación común (vigente y proyectada)— los que «auxilien a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito», siempre que el auxilio sea «sin ánimo de lucro».

Esta injustificable ampliación del ámbito material objetivo de la norma procede, como se dijo, del Proyecto de Código penal de 1980. A mi modo de ver no es ni planteable, como hace Higuera Guimerá, la posibilidad de aplicar la limitación mantenida en la legislación común. Convengo, desde luego, con él en que «se produce aquí una especialidad sin fundamento alguno» (126), determinante, además, de una situación materialmente injusta y políticocriminalmente insatisfactoria.

En el supuesto contemplado por la previsión específica del artículo 129.2, el encubrimiento ha de estar referido a un delito de desertión o de ausencia arbitraria. Por ello, en este caso, al no ser imaginable un «producto, provecho o precio», sólo serán posibles las modalidades 2.^a y 3.^a del artículo 23 (127).

b) La exención ampara —tanto en el supuesto genérico como en el específico— «al cónyuge, o persona ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad, a los ascendientes, descendientes o hermanos del encubierto».

a') Respecto al cónyuge, sólo es determinante la existencia de vínculo matrimonial, sin que se exija una convivencia efectiva: «no cabe rechazar la vigencia y aplicabilidad [del beneficio] cuando los cónyuges están

(125) A. MILLÁN GARRIDO, *El delito de desertión militar*, cit., p. 154; y en *Los delitos contra la prestación del servicio militar*, cit., p. 514.

(126) J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho penal militar español*, vol. I, cit., p. 413; y en *Las excusas absolutorias*, cit., pp. 25-26.

(127) Cfr. J. A. FERNÁNDEZ RODERA, «Incitación, apología, auxilio y encubrimiento de los delitos de abandono de destino o residencia y desertión», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pp. 1604-1605.

separados judicialmente o de hecho, si no media sentencia de nulidad o divorcio» (128).

Por supuesto, la relación conyugal ha de existir en el momento en que se realizan los hechos constitutivos del encubrimiento. La posterior disolución del vínculo es irrelevante al respecto, como también lo es la declaración de nulidad matrimonial, que, con independencia de sus efectos generales y retroactivos en el ámbito jurídicoprivado, no puede afectar a la responsabilidad penal por hechos acaecidos con anterioridad al pronunciamiento.

Serías dificultades interpretativas se derivan de la asimilación al cónyuge de la «persona ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad». Porque es lo cierto que, con independencia del fundamento de la exención, la ley no exige, en ningún supuesto, una determinada vinculación afectiva.

Por ello, aunque se trata de un concepto normativo, que, en consecuencia, requiere en cada caso, una interpretación, necesariamente valorativa, por parte del juzgador, entiendo que, en principio, queda limitado a las uniones de hecho en sentido estricto, esto es a aquellas personas que mantienen una vida (familiar) en común, sin base en el vínculo matrimonial.

No es necesario acreditar el afecto, que debe presumirse. Lo que la ley requiere es una unión permanente de la que cabe esperar «relación de afectividad similar a la de los matrimonios legalmente constituidos» (129).

La fórmula puede, sin embargo, ser objeto de una generosa interpretación que permita su aplicación analógica en situaciones distintas a la unión de hecho estrictamente considerada (130). Para Higuera Guimerá, en opinión que me resulta cuanto menos cuestionable, entre tales situaciones cabe incluir las relaciones afectivas homosexuales (131).

b') En cuanto a los parientes en sentido propio (132), la ley se refiere a «ascendientes, descendientes y hermanos», sin más precisiones.

(128) Sentencia del TS de 21 de mayo de 1991 (RJA núm. 3739).

(129) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., p. 653.

(130) Cfr. J. A. FERNÁNDEZ RODERA, «El encubrimiento», cit., p. 458.

(131) J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho penal español*, vol. I, cit., p. 412; y *Las excusas absolutorias*, cit., p. 25. En contra, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., p. 653.

(132) La relación conyugal, aun siendo la base de la familia, no constituye parentesco en términos estrictos, sino un vínculo especial que afecta intensamente a la situación jurídica de los cónyuges. Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2.º, 11.ª edic., Reus, Madrid, 1971, p. 245.

En consecuencia, son beneficiarios de la exención todos los parientes en línea recta, naturales (matrimoniales y extramatrimoniales) y adoptivos. Y, en línea colateral, los hermanos en idénticos términos. Esta determinación se deriva no sólo del artículo 108 del Código civil, en redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (133), sino de los propios términos genéricos utilizados por la ley penal militar.

Precisamente, ante la inespecificidad de la ley, que no admite restricción alguna, debe considerarse comprendidos en el ámbito material subjetivo de la exención tanto el parentesco de doble vínculo como el de vínculo sencillo. Mayores dificultades ofrece la inclusión del parentesco «derivado» (de relación tanto matrimonial como extramatrimonial), porque, en tal supuesto, *no puede hablarse, en términos estrictos, de ascendientes, descendientes o hermanos, sino de «afines»*. A ellos se refiere expresamente la legislación común (vigente y proyectada), pero no el artículo 23.3 del Código penal militar.

c) La exención de pena —tanto en su previsión genérica como en la específica— viene establecida para tiempo de paz, limitación que, por el propio fundamento del precepto, no considero justificada.

Debe advertirse, no obstante, que la —excluyente— referencia al encubrimiento en tiempo de guerra constituye tan sólo un límite técnico-formal del precepto y no una restricción al ámbito material objetivo del encubrimiento entre parientes, cuyo tratamiento normativo para situaciones excepcionales nada tiene que ver —desde una perspectiva dogmática— con la previsión «normal».

Como he advertido en reiteradas ocasiones, a diferencia de la legislación penal militar para tiempos de paz, constitutiva de un Derecho especial no excepcional, que tutela un interés del Estado de carácter permanente, las leyes penales de guerra, con independencia de su plasmación estable en los textos castrenses, como ocurre en nuestro Ordenamiento, tienen una base coyuntural: la necesidad transitoria de proteger el potencial bélico estatal durante unas determinadas circunstancias de anormalidad constitucional o conmoción internacional en las que el mismo requiere una tutela más eficaz y consistente. Integran, por ello, un Derecho excepcional, transitorio y temporal, cuyas previsiones —entre ellas las que contemplan al pariente encubridor— son, al margen de la técnica legislativa utilizada, previsiones autónomas, en modo alguno homologables a sus correlativos preceptos para tiempos de paz.

(133) En este sentido, J. A. FERNÁNDEZ RODERA, «El encubrimiento», cit., pp. 457-458.

De aquí que no pueda pretenderse «interpretar» las previsiones para tiempo de paz con base en la legislación excepcional, cuya naturaleza es sustancialmente diversa. Cuestión distinta es que, atendido el fundamento de una institución, en este caso el encubrimiento entre parientes, se estime que la ley para tiempo de guerra, pese a su carácter excepcional, debía haber mantenido, aun con algún particularismo restrictivo, la exención prevista para tiempos de normalidad.

El concepto de «tiempo de guerra» no ha sido nunca, por demás, pacífico en la doctrina. En el sistema normativo precedente, me manifesté a favor de un entendimiento «realista», conforme al cual, el estado de guerra es una situación fáctica, un conflicto armado, interno o externo, en el que no es necesaria declaración formal previa (134). Y es que, como ya había sostenido, en ocasión anterior, la previa declaración formal de guerra («ruptura de hostilidades»), exigida por algunos autores (135), «además de ser un requisito abandonado en la práctica internacional, no afecta a la situación fáctica de confrontación armada entre dos partes beligerantes» (136). En la misma línea se manifestó la mayoría de la doctrina, que, además, determinó, con precisión, la diferencia sustancial entre tiempo de guerra y estado de sitio (137).

El tema, a efectos de la legislación penal militar, ha sido resuelto —al menos en el ámbito de los principios— en el mismo Código, al establecer que, a sus efectos, «se entenderá que la locución «en tiempo de guerra» comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas» (art. 14).

Obviamente, la aplicación de la legislación de guerra plantea una problemática propia, en la que destacan las árduas cuestiones relativas a los

(134) A. MILLÁN GARRIDO, *El delito de desertión militar*, cit., p. 112.

(135) *Vid.*, entre otros, J. F. HIGUERA GUIMERA, *La previsión constitucional de la pena de muerte (Comentario al artículo 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978)*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 56; M. BARBERO SANTOS, «La pena de muerte en la Constitución», en *Sistema*, núm. 42 (1981), p. 53.

(136) A. MILLÁN GARRIDO, «Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar», en *Revista de Derecho Público*, núm. 87 (1982), p. 304.

(137) *Vid.*, por todos, J. A. FERNÁNDEZ RODERA, «Las Fuerzas Armadas y el estado de sitio», en *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, edic. a cargo de L. Prieto y C. Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, pp. 191-192.

ámbitos espacial y, sobre todo, temporal, cuyo análisis excede del objeto específico de este trabajo (138).

D) *Efectos*

El efecto sustancial de la aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 23.3 y 129.2 es la exención de pena al pariente encubridor.

La redacción del primero de los indicados preceptos («no se perseguirá», en lugar de «quedará exento») no puede llevarnos a entender, como pretende Higuera Guimerá, que, en estos supuestos, «ni tan siquiera se podrá ejercitar o iniciar la acción penal ante el Tribunal Militar» (139). Porque, se considere causa de exculpación o excusa absolutoria, el encubrimiento entre parientes no constituye una condición objetiva de procedibilidad.

El pariente encubridor queda, pues, exento de pena, pero sujeto a las responsabilidades civiles a que pudiera haber lugar. El problema radica en la vía para exigir las y declararlas, porque las previsiones legales militares —lo mismo que la común (vigente y proyectada)— no contienen, al contrario de lo que ocurre en otros supuestos de exención punitiva, referencia alguna a la subsistencia de tal responsabilidad.

Convengo, al respecto, con la mayoría de la doctrina, en que la exigencia de la eventual responsabilidad civil al pariente encubridor (exento de pena) tendrá que formularse por la vía civil, aun reconociendo que ello comporta una solución formalmente ilógica y materialmente injusta. Dicha exigencia tendría, en todo caso, además de una base normativa civil (art. 1.902 C.c.), un fundamento penal, «pues ya se considere estamos ante una causa de inculpabilidad o ante una excusa absolutoria, la antijuridicidad típica del acto queda subsistente» (140).

(138) *Vid.*, con carácter general, J. M. SERRANO ALBERCA, «La definición de «tiempo de guerra»», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pp. 303-313.

(139) J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho penal militar español*, vol. I, cit., p. 412; y en *Las excusas absolutorias*, cit., p. 25.

(140) Cfr. J. A. FERNÁNDEZ RODERA, «El encubrimiento», cit., pp. 458-459.

3. *La denuncia del implicado en un delito de traición o espionaje* (art. 67 CPM)

A) *Previsión legal: antecedentes*

Dispone el artículo 67 del Código penal militar que «quedará exento de pena el que, implicado en un delito de traición o espionaje militares, lo denunciare a tiempo de evitar sus consecuencias».

a) Por lo que al delito de traición respecta, son constantes en la legislación histórica las medidas tendentes a detener o impedir esta infracción: «desde el Derecho romano hasta el Rey Sabio se atendió a eximir de pena a la persona que denunciaba oportunamente a sus cómplices» (141).

Los antecedentes del precepto se encuentran, no obstante, en el Código penal del Ejército de 1884 (art. 99), en el Código penal de la Marina de Guerra de 1888 (art. 122), en el Código de Justicia Militar de 1890 (art. 226) y en el Código de Justicia Militar de 1945. Establecía éste que «quedará exento de pena el complicado en el delito de traición que lo revelase antes de empezar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias» (art. 268).

Se trataba, pues, de una excusa absolutoria limitada a los supuestos de conspiración y proposición (142), señalándose, como fundamento, la utilidad de la denuncia, que, además, «implica un desistimiento voluntario» (143).

Este limitado alcance de la excusa fue objeto de rigurosa crítica por Bleuca Fraga, al considerarlo injustificado en sí mismo y en relación a la excusa prevista para el delito de espionaje, «un precepto semejante, pero concebido con mayor amplitud y con un sentido más realista, ya que facultaba a los tribunales para eximir de responsabilidad a los inculpados, aunque el delito se hubiera consumado, siempre que logren evitar los efectos del delito, la detención de los culpables o el descubrimiento de la organización» (144).

Las atinadas consideraciones dogmáticas y de política criminal formuladas al respecto no fueron, sin embargo, tenidas en cuenta por la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, que, por unanimidad,

(141) Cfr. R. BLECUA FRAGA, *El delito de traición y la Defensa nacional*, Edersa, Madrid, 1983, p. 124.

(142) Cfr. F. DE QUEROL Y DURÁN, *Principios de Derecho militar español*, t. II, cit., p. 321.

(143) Cfr. A. LANDÍN CARRASCO, *Manual de Derecho penal y procedimientos militares*, cit., p. 90.

(144) R. BLECUA FRAGA, *El delito de traición*, cit., p. 124.

aprobó, el 13 de marzo de 1981, el texto propuesto por la ponencia (145), que, prácticamente, se limitaba, en este tema, a reproducir el precepto entonces vigente, exigiendo, en consecuencia, la revelación del delito «antes de empezar a ejecutarse» (146), lo que, de mantenerse, hubiese significado una injustificada restricción del beneficio, por muy generosamente que se interpretase tal expresión (147).

b) La excusa absolutoria respecto del espionaje no tiene más antecedente, en nuestra legislación histórica, que el artículo 278.2 del Código de Justicia Militar de 1945, que, como se ha advertido, establecía la exención en términos amplios, confiriendo a los tribunales, en determinados supuestos, la posibilidad de aplicarla aun cuando «la denuncia sea posterior a la consumación del delito y antes de haberse iniciado las diligencias para su persecución».

Tal amplitud era justificada por Querol, al entender que, en el espionaje, «es frecuentemente posible que, aun denunciado después de su consumación, queden todavía medios de evitar las últimas consecuencias, que no se completan hasta que no llegan los datos o informes a conocimiento de las organizaciones oficiales del Estado enemigo» (148).

También Rodríguez Devesa destacó que, «por más que no se haya dejado de criticar la excesiva amplitud de este beneficio, las razones de tipo político que la fundamentan son claras, y el peligro que puede correr la patria legítima el precepto cuando los fines que en el mismo se consignan se logran» (149).

Asimismo, Blecua Fraga consideró que, a diferencia del artículo 268, este precepto respondía a las exigencias políticocriminales de tratar de evitar a toda costa las consecuencias del delito (150).

Pues bien, la excusa no pasó, inicialmente, al texto originario presentado por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto a la Comisión para el Estudio

(145) Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, Acta de la Sesión del día 13 de marzo de 1981, p. 3, con inclusión del texto aprobado en p. 16.

(146) Cfr. E. MONTULL LAVILLA, «Ponencia sobre las bases y articulado del delito de traición en el nuevo Derecho militar», memoria inédita, Madrid, 1981, pp. 13-14.

(147) Vid. E. MONTULL LAVILLA, «El delito militar de traición en el Derecho español (Un breve estudio crítico anterior al Código penal militar de 1985)», en *Revista General de Derecho*, núm. 499 (1986), p. 1334.

(148) F. DE QUEROL Y DURÁN, *Principios de Derecho militar español*, t. II, cit., p. 346.

(149) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, «Espionaje», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Edit., Barcelona, 1956, p. 806.

(150) R. BLECUA FRAGA, «El delito de espionaje en el marco de la Defensa nacional», en *Revista de Derecho Público*, núm. 79 (1980), p. 295.

y Reforma de la Justicia Militar, sino que fue ésta la que, aceptando una enmienda de J. Aparicio Gallego, introdujo la exención punitiva, «con la que, como en otros casos, se trata de conseguir la denuncia del delito y que se eviten sus consecuencias» (151).

c) En los posteriores trabajos de revisión se optó, siguiendo la orientación doctrinal mayoritaria, por suprimir, en la excusa establecida para el delito de traición, que la denuncia hubiera de tener lugar «antes de empezar a ejecutarse», con lo cual, al ser su contenido idéntico al de la excusa prevista para el espionaje, nada impedía su tratamiento unitario como disposición común.

Así aparece ya en el Anteproyecto de 1982, cuyo artículo 60 disponía que «quedará exento de pena el que, implicado en un delito de traición o espionaje militares, lo denunciare a tiempo de evitar sus consecuencias» (152), texto que, sin alteración alguna, pasaría al Proyecto de 1984 (art. 65) (153) y, tras los trámites parlamentarios, a constituir el artículo 67 del Código vigente.

d) Debe significarse, por último, cómo, en su propuesta originaria, la ponencia incluyó una previsión similar a las anteriores para los delitos de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y Defensa nacional. Eliminada del articulado definitivamente presentado, se intentó incorporarla de nuevo a través de una enmienda formulada a la Comisión, que, sin embargo, la rechazó, impidiendo, así, que «volviera a incluirse la excusa absolutoria que en principio contenía el texto» (154).

B) *Naturaleza jurídica*

Aunque el único autor que se ha ocupado específicamente de esta exención de pena en el Código vigente no se define respecto a su naturaleza jurídica (155), considero indiscutido que se trata de una excusa abso-

(151) Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, Acta de la Sesión del día 13 de marzo de 1981, p. 4, con inclusión del texto aprobado en p. 18.

(152) *Anteproyecto de Código Penal Militar*, cit., p. 54.

(153) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 123-I, cit., p. 1850.

(154) Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, Acta de la Sesión del día 25 de mayo de 1981, p. 8. Los ponentes, en este tema, fueron G. Arroyo Quiñones, A. Gamundi Insua y A. Conejero Lillo.

(155) Cfr. R. BLECUA FRAGA, «Disposiciones comunes a los delitos contra la Seguridad nacional y la Defensa nacional», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pp. 800-802.

lutoria. Así lo han señalado, de modo expreso, Higuera Guimerá (156), Beltrán Núñez (157) y los redactores de Editorial Lamruja (158).

Es, como en el sistema normativo anterior, «una causa que [...] deja en pie la antijuridicidad y la culpabilidad, hay delito porque el hecho es antijurídico, hay autor responsable, pues no hay ninguna circunstancia que lo excluya, pero no se impone pena por expresa disposición de la ley, con lo que viene a constituir, en realidad, un perdón legal basado en múltiples razones de política criminal» (159).

El fundamento de la norma se encuentra en el desistimiento, en facilitar la salida a quien libremente desea apartarse de la actividad delictiva emprendida, denunciándola a tiempo de evitar sus consecuencias, y ello con independencia de que «la motivación sea ética, el temor a ser descubierto o a la posible condena» (160).

C) *Elementos*

a) Ante todo y como presupuesto básico de la excusa, está la implicación del sujeto en un delito de traición o espionaje militares.

El término «implicado» ha sustituido a los de «complicado» o «comprometido», que usaban los textos militares anteriores. La razón estriba en que, como se ha indicado, la excusa venía referida, en dichos textos, sólo a la conspiración y a la proposición, mientras que ahora el ámbito material objetivo de la excusa excede de dichas formas de resolución manifestada.

Como precisa Calderón Susín, «implicado es tanto como revuelto o enredado, sea cual fuere el motivo y el grado en que así se encuentren [...], de modo que, en principio, la exención de pena puede alcanzar a quien se halle involucrado de cualquier forma y en cualquiera de las fases preparatorias y ejecutivas de los delitos [...], incluida la consumativa» (161).

(156) J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho penal militar español*, vol. I, cit., pp. 444 y 508.

(157) A. BELTRÁN NÚÑEZ y J. PADILLA CARBALLADA, «Código penal militar», cit., p. 41.

(158) *Código penal militar*, Academia Editorial Lamruja, Madrid, 1985, p. 92.

(159) Cfr. F. BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, «Los delitos que comprometen la seguridad del Estado», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 43 (1984), pp. 153-154.

(160) Cfr. R. BLECUA FRAGA, «Disposiciones comunes a los delitos contra la Seguridad nacional y la Defensa nacional», cit., p. 802.

(161) E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., pp. 517-518.

Los delitos de traición y espionaje son los previstos en los artículos 49 a 52 del Código penal militar, si bien haya manifestaciones típicas respecto a las cuales no es concebible la excusa (162).

b) El comportamiento nuclear de la previsión legal de la excusa es la denuncia.

El término «denuncia» ha de ser tomado aquí, como en otros preceptos, en un sentido amplio, usual o vulgar: denuncia el delito quien da cuenta de él, delata a sus autores, informa sobre las circunstancias.

Es indiferente la forma, pero no el destinatario, que ha de ser una autoridad «razonablemente» competente. En principio, parece lo lógico que, tratándose de militares, informen de los hechos a sus superiores y, siendo civiles, acudan a cualquier autoridad militar o policial. Lo importante es que la denuncia se formule ante una autoridad que, por sí o a través de sus superiores, pueda actuar en orden a impedir o frustrar la traición o el espionaje. Y ello dependerá del caso concreto y sus circunstancias, entre ellas la fase en que se encuentre el delito.

c) La denuncia del delito ha de ser «a tiempo de evitar sus consecuencias».

Consecuencias, como destaca Calderón Susín, son hechos o acontecimientos que se siguen o resultan de otros, en este caso del delito de traición o de espionaje, por lo que si se trata de un acto preparatorio punible habrá que evitar la ejecución; si ésta ya ha comenzado deberá abortar la consumación, y si ya se ha consumado tendrá que frustrar de raíz el logro de los fines. No será, por tanto, tiempo de evitar las consecuencias a partir del momento en que los hechos sean irreversibles (163).

Debe significarse, sin embargo, que la previsión legal sólo requiere que el implicado denuncie el delito a tiempo de evitar sus consecuencias, no que las evite.

Sólo se exige que la denuncia reúna las condiciones de oportunidad y eficacia potencial que permitan una intervención con posibilidades de éxito. El resultado favorable dependerá, luego, de factores diversos, pero no de la voluntad del sujeto, a la que serán ajenas cuantas medidas, acertadas o no, se adopten a partir de su delación (164).

(162) *Vid.*, sobre estos delitos, R. BLECUA FRAGA, «Delito de traición militar» y «Delito de espionaje militar», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pp. 619-663 y 665-680.

(163) E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., p. 520.

(164) *Vid.*, en este sentido, R. BLECUA FRAGA, *El delito de traición y la Defensa nacional*, cit., p. 125.

D) *Efectos*

El efecto inmediato de la apreciación de la excusa es que el sujeto quedará exento de la pena que, por su implicación en el delito de traición o en el de espionaje, pudiera corresponderle.

La excusa no alcanza, desde luego, a las responsabilidades civiles que, en su caso, pudieran exigírsele al beneficiado como autor de un comportamiento antijurídico y culpable. Tal exigencia tendría que formularse, sin embargo, en vía civil, aun cuando la causa no fuese sobrescida.

4. *La revelación del implicado en un delito de rebelión en tiempo de guerra (art. 82.1 CPM)*

A) *Previsión legal: antecedentes*

Establece el artículo 82.1 del Código penal militar que «quedará exento de pena el que, implicado en cualquiera de los delitos previstos en los tres artículos anteriores, los revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias», con lo cual se configura, respecto a la rebelión en tiempo de guerra, una excusa en términos prácticamente idénticos a los de la exención prevista en el artículo 67 para los implicados en delitos de traición y espionaje.

Antecedentes del precepto son los artículos 110 del Código penal del Ejército de 1884, 132 del Código penal de la Marina de Guerra de 1888, 239 del Código de Justicia Militar de 1890 y 294 del Código de Justicia Militar de 1945. Esta última disposición, a los meros ejecutores, sin empleo superior a clase de tropa o marinería, «impone taxativamente la excusa absoluta completa y la consiguiente exención de pena; a todos los que no sean cabeza de la rebelión, ejeredores del mando supremo de los rebeldes o de mando de unidad análoga o superior a una compañía, les excluye explícitamente de todo beneficio aunque depongan las armas y se sometan a la autoridad legítima; a los demás, permite al tribunal que, a su arbitrio, les aplique la exención o les rebaje la pena que les correspondería» (165).

La Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar trató de simplificar la cuestión con un precepto de síntesis, que, como todo el articulado referente al delito de rebelión, fue aprobado sin debate alguno (166).

(165) Cfr. F. DE QUEROL Y DURÁN, *Principios de Derecho militar español*, t. II, cit., p. 385.

(166) Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, Acta de la Sesión del día 26 de junio de 1981, pp. 3-7.

Tal precepto (artículo 74 del Anteproyecto) establecía que «quedará exento de pena el que, implicado en cualquiera de los delitos previstos en los tres artículos anteriores, los revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias. Quedarán asimismo exentos de penas quienes siendo meros ejecutores, depongan las armas a la primera intimación antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas» (167).

La exención se refería entonces al delito de rebelión militar, cuya presencia en el futuro texto punitivo castrense nadie había cuestionado.

Fue en la minuciosa revisión del Anteproyecto llevada a cabo, durante 1983 y 1984, en los Ministerios de Defensa y Justicia, donde se produjo una «poda» importante del borrador del texto proyectado, que eliminó del mismo determinados delitos y, consiguientemente, planteó la necesidad de incorporar algunas de las infracciones «desmilitarizadas» al Código penal. Y, en lo que aquí nos interesa, fue en dicho trámite donde, por distintas circunstancias sociopolíticas de todos conocidas, se decidió excluir del borrador el delito de rebelión, que, en la conocida como «ley puente» (Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre), se incorporaría al Código penal [quedando sometido, en consecuencia, como delito común, a la jurisdicción ordinaria]. En el Anteproyecto sólo se mantuvo la rebelión en tiempo de guerra, fuesen o no militares sus autores.

Pues bien, en ambos textos —común y militar— se incorpora la exención, si bien, convirtiendo, en ambos casos, «la excusa para los meros ejecutores en simple atenuación, a la par que se suprime cualquier alusión a las intimaciones de la autoridad» (168).

Así, el artículo 80 del Proyecto de Código penal militar dispuso que «quedará exento de pena el que, implicado en cualquiera de los delitos previstos en los tres artículos anteriores, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias. A los meros ejecutores que depongan las armas, antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado» (169), texto que no sufriría alteración alguna durante la tramitación parlamentaria, convirtiéndose en el artículo 82 del vigente Código penal militar, de redacción prácticamente idéntica al reformado artículo 226 del Código común, si bien éste se refiera tanto al delito de rebelión como al de sedición.

(167) *Anteproyecto de Código Penal Militar*, cit., p. 58.

(168) Cfr. E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., p. 513.

(169) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 123-I, cit., p. 1852.

B) *Naturaleza jurídica*

Conviene, de modo casi unánime, la doctrina en que la previsión del artículo 82 del Código penal militar (170) —como la contenida en el artículo 226.1 del texto común (171)— es una excusa absolutoria, con la que «se quiere decir que la responsabilidad criminal ha nacido por serle ya reprochable un tipo de injusto cuando el agente lleva a cabo su particular desistimiento en la forma exigida por la ley» (172).

En cuanto al fundamento de la excusa, «son razones político-criminales de utilidad y conveniencia las que han llevado al legislador a establecerla» (173). La razón de ser de la exención no está en el arrepentimiento, que se dará o no realmente, sin que ello afecte a la aludida cláusula. Al Estado lo único que le interesa, como en otras previsiones semejantes, es que el sujeto deponga su actitud, rectifique a tiempo en su actuación rebelde, con independencia de la causa que motive tal rectificación. En definitiva, el legislador lo que ha hecho, con tal disposición, es conferir específicos efectos excusantes al desistimiento, al hecho de no proseguir el culpable con su actuar antijurídico.

Del indicado fundamento se deriva la exigencia de una interpretación estricta —que no restrictiva— de la excusa, conducente a situaciones complejas. Una de ellas, advertida por Calderón Susín, se daría si se producen, de diversos implicados, revelaciones de parejo contenido, independientes y sin previo acuerdo. En tal supuesto, sólo cabrá conferir efectos excusantes a la revelación que llegue en primer lugar a la persona idónea, negándose los a las posteriores, que carecen ya de utilidad. Esta solución puede resultar materialmente injusta, pero es la que se desprende de un precepto que no está inspirado en razones de justicia sino utilitarias. Como observa el autor citado, la denuncia posterior no constituye ya una revelación y, como

(170) Cfr. A. BELTRÁN NÚÑEZ y J. PADILLA CARBALLADA, «Código penal militar», cit., p. 49; J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, vol. I, cit., pp. 444 y 508; *Código penal militar*, Academia Editorial Lamruja, cit., p. 137. También, aunque atribuyéndole el calificativo de «eximente», E. MONTULL LAVILLA, «Delito de rebelión en tiempo de guerra», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 967.

(171) Cfr., entre otros, J. M. RODRÍGUEZ DEvesa, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., p. 664, y *Parte Especial*, cit., p. 868; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., pp. 692-693; y M. POLAINO NAVARRETE, en *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, dir. por M. Cobo del Rosal, vol. III: «Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado; de las falsedades», Edersa, Madrid, 1994, pp. 389-392.

(172) Cfr. E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., p. 523.

(173) Cfr. E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., p. 524.

se sabe, el error sobre alguno de los requisitos de la excusa carece de relevancia (174).

C) Elementos

a) El término «implicado» tiene el mismo alcance y contenido que en la excusa prevista en el artículo 67. Como precisa Polaino Navarrete, tal término «parece aludir a la cualidad de «sujeto activo» del delito, en cualesquier grados de ejecución y título de autoría o participación en la realización del mismo», esto es, implicado sería quien, «por cualquier título, resulta responsable de la realización del tipo delictivo» (175). Por ello, en principio, «de un lado, cabe situar la implicación en cualquiera de las formas de participación, y de otro, en las diversas fases de aparición del delito» (176).

El beneficiario puede, además, ser «cualquier persona, militar o no, con graduación o mando o perteneciente a las clases de tropa o marinería» (177), siempre que, conforme a lo expuesto, esté «implicado» en alguna de las modalidades típicas de rebelión en tiempo de guerra.

b) El implicado ha de «revelar» el delito, esto es, hechos, datos o circunstancias de la trama rebelde que, conocidos por quienes pueden neutralizarla, posibiliten el evitar las consecuencias. Lo determinante, atendida la finalidad utilitaria de la norma, es evitar el riesgo inherente a la rebelión, por lo que si éste se desvanece, o se ha podido eludir, con la actividad delatora del rebelde, ello comportará el beneficio de la no punición (178).

La revelación, como la denuncia en el supuesto del artículo 67, ha de llevarse a cabo ante alguna autoridad que, por sí o a través de sus superiores, pueda actuar en orden a impedir o sofocar la rebelión en la fase en que se encuentre. Según Calderón Susín, puede realizarse la revelación «a través de persona interpuesta o mandatario, se encuentre o no «implicado» en la trama rebelde y hacerse de cualquier forma, pero si, por lo que fuere, o aquella persona no llega a su destino o el medio formal elegido resulta

(174) E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., pp. 524-525.

(175) M. POLAINO NAVARRETE, en *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. III, cit., p. 391.

(176) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., p. 868.

(177) Cfr. E. MONTULL LAVILLA, «Delito de rebelión en tiempo de guerra», cit., p. 967.

(178) Cfr. E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., p. 518.

inidóneo para que se conozcan los datos revelados, la exención de pena no tendrá lugar» (179).

c) La revelación del delito ha de efectuarse «a tiempo de poder evitar sus consecuencias».

La expresión, como ya se señaló en el apartado anterior, ha de entenderse en un sentido amplio, comprensivo de cuantos acontecimientos se derivan de la rebelión (180). Como destaca Montull Lavilla, el término «consecuencias» ha de interpretarse «en un sentido no tanto técnico-jurídico preciso como en el de hitos, hechos o acontecimientos que, en el mundo exterior [...], se sigan a resultas de la implicación en que se halla el sujeto denunciante, ya que verdad es, por constituir también finalidad de la excusa, que se trata de evitar no ya sólo el conseguimiento de los fines que laten en todo el título III que contemplamos, sino también cualquiera de los múltiples resultados lesivos o dañinos inherentes a hechos de esta naturaleza, por muy incruentos que se proyecten, traten de ejecutarse o se ejecuten» (181).

Debe significarse, por último, que la ley lo único que exige es que el implicado revele el delito a tiempo de evitar sus consecuencias, no que éstas se eviten. Aun habiéndose efectuado la revelación en momento adecuado, circunstancias ajenas al sujeto pueden impedir que las consecuencias se eviten y, en tal supuesto, es evidente que procederá la exención de pena prevista en el artículo 82.1 del Código (182).

D) Efectos

El efecto de la excusa consiste, como se sabe, en que el sujeto beneficiado —no así los restantes partícipes en el delito— queda exento de la pena que le correspondería como implicado en un delito de rebelión en tiempo de guerra.

Como en los supuestos anteriores, la excusa no alcanza a las responsabilidades civiles que, en su caso, pudieran exigirse al beneficiado como autor

(179) E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., p. 519.

(180) De otra forma es lógico que no se alcance a entender exactamente el significado de las «consecuencias» del delito. Cfr. M. POLAINO NAVARRETE, en *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. III, cit., p. 391.

(181) E. MONTULL LAVILLA, «Delito de rebelión en tiempo de guerra», cit., p. 968.

(182) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., p. 868.

de un comportamiento antijurídico y culpable. La vía, como se ha indicado, es la civil, aun cuando —como es lo precedente— llegue a dictarse sentencia.

V. LAS ATENUANTES ESPECÍFICAS FUNDADAS EN RAZONES UTILITARIAS

1. Para algunos autores, «no es esencial a la estructura de las excusas absolutorias que excluyan totalmente la punibilidad» y, en consecuencia, se refieren a excusas absolutorias «parciales», excusas «incompletas» o «semiexcusas» (183). Como tales, destacan, dentro de la legislación común, el arrepentimiento espontáneo o las previstas en los artículos 226.2, respecto a los delitos de rebelión y sedición, y 395.2, en orden al delito de malversación culposa de caudales públicos (184).

A mi modo de ver, tal entendimiento desvirtúa una categoría —ya de por sí difusa— cuyo elemento sustancial es, precisamente, la impunidad, la exención de pena a quien ha realizado una conducta delictiva. Por ello, en estos supuestos, que, ciertamente, participan de la naturaleza (más exactamente, del fundamento) de las excusas absolutorias, pero cuyo efecto no es la exención de responsabilidad penal, preferimos hablar de atenuantes específicas fundadas en razones utilitarias.

Pues bien, en la legislación penal militar se prevén tres atenuantes específicas con tal fundamento, en relación, respectivamente, a los delitos de rebelión en tiempo de guerra (art. 82.2), sedición (art. 93) e información militar falsa (art. 115.5). De ellas vamos a ocuparnos en este apartado del trabajo. No así de una cuarta atenuante, establecida, asimismo con carácter específico, en el inciso final del artículo 125.2 del Código (a favor de quien procurase la inutilización, para eximirse del servicio militar, a su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano), por cuanto la misma ofrece una naturaleza sustancialmente distinta, al tener como base la relación parental y no razones utilitarias o de estricta conveniencia.

2. Ya se ha señalado que, en la rebelión en tiempo de guerra, «a los meros ejecutores que depongan las armas, antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado» (art. 82.2 CPM).

(183) Cfr. J. F. HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, cit., p. 113.

(184) Cfr. J. F. HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, cit., p. 108.

Se trata, en efecto, de una atenuante específica, de dudosa virtualidad, basada en las mismas razones de política criminal que sirven de fundamento a la excusa absolutoria del párrafo primero. Como ésta, la atenuante «nada tiene que ver con la antijuridicidad ni con la culpabilidad, al presuponer, los hechos que la configuran, la previa comisión de un tipo de injusto ya reprochable a su autor cuando deponen las armas» (185).

En cuanto a los requisitos o elementos que integran la atenuante específica, son los siguientes:

a) Ser mero ejecutor. En el ámbito material subjetivo de la atenuante no se incluyen a los promotores o a quienes sostienen la sublevación ni a aquéllos que ostenten el mando superior de las fuerzas implicadas u otro igual o superior al de compañía o unidad análoga (186).

b) Deponer las armas, o, lo que es lo mismo, dejarlas en situación de no poder hacer uso de ellas.

Siguiendo a Calderón Susín, cabe precisar que la atenuante queda excluida respecto a la rebelión sin armas (especialmente, en orden a las formas «solapadas» del artículo 80 CPM). Pero también, respecto a aquellos partícipes que no porten armas, aunque otros sí lo hagan, «pues mal pueden deponer algo que no llevan».

Por «armas» se entiende tanto las armas de fuego, sean de guerra o de defensa, como las armas blancas e, incluso, todas aquéllas que propulsan de cualquier modo proyectiles. En cambio, no deben reputarse «armas», a estos efectos, las simuladas o de fogueo (187).

c) Que el desistimiento tenga lugar antes de que el rebelde haya hecho uso de las armas.

Convengo con Calderón Susín en que «el uso de las armas, para excluir la atenuante, requiere la utilización violenta en forma de agresión o de defensa» (188). No la excluyen, en mi opinión, los disparos con exclusiva finalidad intimidatoria. Más discutible resulta la trascendencia, a estos efectos, de la utilización de las armas con ánimo de producir daños.

d) Someterse a las Autoridades legítimas, a sus agentes o representantes. No basta, pues, con que los rebeldes se disuelvan o retiren, sino que el precepto exige la rendición efectiva (189).

(185) Cfr. E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., p. 539.

(186) Vid. E. MONTULL LAVILLA, «Delito de rebelión en tiempo de guerra», cit., p. 971.

(187) E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., p. 535.

(188) E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», cit., pp. 537-538.

(189) Cfr., en este sentido, E. CALDERÓN SUSÍN, «El nuevo artículo 226», p. 539.

3. Establece el artículo 93 del Código penal militar que, «si los sediciosos depusieron su actitud a la primera intimación o antes de ella, serán castigados con la pena inferior a la correspondiente a su delito, salvo los que hubieran agredido a un superior».

De esta forma, se limitan los efectos del desistimiento en la sedición militar, donde, como vemos, constituye tan sólo una limitada atenuante específica. El diferente tratamiento normativo con referencia a la rebelión y, especialmente, a la sedición común, no trae causa, como pretende Rodríguez Devesa, del Proyecto de Código penal de 1980 (190), sino de la muy distinta naturaleza de la sedición militar respecto de la común, lo que puede advertirse en los antecedentes y en la propia génesis del precepto, de la que nos ocupamos a continuación.

En el texto originario de la ponencia, el desistimiento en la sedición fue configurado como una —aunque limitada— excusa absolutoria. El precepto establecía que, «si los sediciosos depusieron su actitud a la primera intimación, los meros ejecutores serán corregidos en vía disciplinaria y los promovedores, cabecillas y Oficiales con prisión hasta tres años». La fundamentación era, no obstante, ambigua y, si bien se aludía a razones de política criminal, el ponente destacaba que la fórmula «no llega a ser excusa absolutoria completa, sino más bien tipo privilegiado para el que subsiste sanción» (191).

El tema fue debatido en la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar con posiciones abiertamente encontradas. Para Calderón Susín, razones de política criminal exigían «una excusa absolutoria con todas sus consecuencias». Por el contrario Aparicio Gallego era contrario al beneficio, por entender que, tal como se concebía en la propuesta, podía comportar la impunidad de la agresión realizada durante el acto sedicioso. También se opuso a la excusa, con un fundamento más sólido, Beltrán Núñez, advirtiendo que la exención tiene sentido en un delito contra la Seguridad interior del Estado (sedición común), pero no en una infracción contra la disciplina en las fuerzas armadas (sedición militar). En una posición conciliadora, Rodríguez-Villasante y Prieto propuso el mantenimiento de una atenuante específica, similar a la contenida en el texto entonces vigente (192).

(190) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., p. 868.

(191) Cfr. F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, «Memoria sobre el delito de sedición militar», Madrid, 1991, p. 3.

(192) Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, Acta de la Sesión del día 13 de marzo de 1981, pp. 9-10.

Aunque con cinco votos en contra, fue esta última propuesta la que prosperó, quedando redactado el texto así: «Si los sediciosos depusieren su actitud a la primera intimación, serán castigados con la pena inferior a las correspondientes a no ser que su conducta sea constitutiva de delito castigado con pena más grave» (193).

El último inciso fue sustituido en el Anteproyecto (art. 90), que exceptúa de la atenuación a «quienes agredieran a los superiores» (194). Este texto pasó a ser el artículo 92 del Proyecto (195), que, con algún retoque y varias modificaciones de estilo durante la tramitación parlamentaria, constituye el vigente artículo 93 del Código.

En cuanto a su naturaleza, no cabe admitir, como pretende Jiménez y Jiménez, que la previsión del artículo 93 integre un «tipo autónomo de sedición», un «tipo privilegiado» (196). Tal disposición presupone un delito de sedición militar (arts. 91 y 92 CPM) consumado y el posterior desistimiento al que, como queda expuesto, se confieren efectos atenuantes.

Los elementos que integran la previsión son básicamente tres:

a) La deposición de la actitud sediciosa, lo que implica abandonar el acto colectivo de indisciplina, separarse de él. Como en otros supuestos similares, lo esencial es que el sedicioso desista, se arrepienta o no. Para nada se valoran aquí los móviles ni se exige otra cosa que deponer la actitud, «al margen de cualquier formalidad e, incluso, de que el retroceso tenga lugar en el mismo escenario en que la disciplina ha sido violada» (197).

b) El desistimiento ha de tener lugar «a la primera intimación o antes de ella». Después del momento marcado por la Ley, la deposición de la actitud sediciosa es inoperante a estos efectos.

c) Es, por último, necesario que, en el acto sedicioso, el beneficiado no haya agredido a un superior ni participado en la agresión.

4. Como se ha podido advertir al tratar, en la primera parte de este trabajo, del supuesto contemplado en el artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una particularidad de los delitos de manifestación es que su autor puede retractarse, expresar que ya no mantiene lo declarado, reconocer, en suma, que el contenido de una declaración es inexacta o

(193) Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, Acta cit., p. 24.

(194) *Anteproyecto de Código Penal Militar*, cit., p. 63.

(195) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 123-I, cit., p. 1854.

(196) F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, «Delito de sedición militar», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1061.

(197) Cfr. F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, «Delito de sedición militar», cit., p. 1061.

falsa. Y ello sin que dicha rectificación, siempre posterior al momento consumativo, tenga más trascendencia que la que en cada caso concreto la ley acuerde conferirle. No existe, en efecto, un principio general según el cual la retractación suprime la manifestación y sí el contrario, conforme al cual la retractación de un delito es ineficaz con excepción de los casos en que a la misma se atribuya por la propia norma un efecto atenuatorio o excusante de la penalidad prevista (198).

Pues bien, en nuestro Ordenamiento, uno de esos supuestos excepcionales lo constituye, en la vigente legalidad, el artículo 115.5 del Código penal militar, según el cual, en todas las modalidades típicas del delito de información militar falsa, «se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efecto».

Tal previsión ya había sido propugnada por mi parte, con anterioridad a la reforma, apuntando que, en ésta, «debía considerarse la posibilidad de establecer una atenuante específica, que bien podría considerarse como muy calificada, o incluso una excusa absolutoria, con base en evidentes razones técnicas y de política criminal, para aquél que, después de informar o expedir certificación en sentido falso [...], se retracte y manifieste la verdad a tiempo de evitar los perjuicios que, a falta de tal conducta, habrían de seguirse para el servicio» (199).

Se optó, definitivamente (200), por conferir efectos atenuatorios a la retractación, en una disposición que, como se apunta, obedece tan sólo a razones de política criminal o, si se quiere, de utilidad o pura conveniencia.

El beneficio puede ser considerado, por ello, como una atenuante específica fundada en razones utilitarias. Así lo entiende Querol y Lombardero, para quien se trata de una «medida de política criminal favorable, por una parte, para el reo y, por otra, para los intereses del servicio que la ley penal defiende, ya que a la propia institución militar conviene eludir o mitigar los efectos lesivos o perjudiciales derivados de la falsa información» (201). Y,

(198) Vid. E. KERN, *Delitos de expresión*, traducción y notas de C. A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 103-104.

(199) A. MILLÁN GARRIDO, «El delito de información militar falsa», en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 31-32 (1976), pp. 86-87.

(200) Vid., sobre los antecedentes, génesis y tramitación parlamentaria del precepto, A. MILLÁN GARRIDO, «La deslealtad en el marco de los delitos contra los deberes del servicio, con especial referencia a la información militar falsa», en *Delitos y procedimientos militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 216-221.

(201) J. F. DE QUEROL Y LOMBARDEO, «Delitos de deslealtad», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1462.

en definitiva, es también la posición sustancial de García-Mercadal, aun cuando este autor prefiera hablar de «excusa atenuatoria» (202).

El fundamento del precepto se encuentra, como en otros supuestos similares, en el desistimiento, en el hecho de no proseguir el culpable, hasta el momento que surta sus efectos, con la información falsa (203).

El legislador, en efecto, no realiza una valoración ética de los motivos de la retractación o, lo que es lo mismo, le resulta indiferente que la decisión del sujeto de retornar a la legalidad se produzca por sincero y espontáneo arrepentimiento o sea fruto de un deseo oportunista de abandonar la ejecución del plan ante las dificultades surgidas o un cambio de circunstancias. Dicho de otro modo, «al Estado lo único que le importa es que el sujeto se desdiga de lo anteriormente declarado, reconociendo que era falso o inexacto, y, consiguientemente, sortear los perjuicios de toda índole que, en caso contrario, podrían derivarse de su conducta» (204).

VI. UN APUNTE FINAL DE DERECHO (MILITAR) COMPARADO: LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN ALGUNAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

En el Derecho penal latinoamericano puede constatar, en general, el recurso a la exención punitiva por razones de política criminal y su inserción, en la doctrina, dentro de la categoría dogmática que integran las excusas absolutorias.

Tal recurso normativo resulta, además, de uso más frecuente en las leyes penales militares, dada su naturaleza y específico fundamento. Así lo destaca Calderón Serrano, quien pone de manifiesto cómo el «motivo determinante» de estas exenciones son «razones de utilidad o conveniencia que abonan la excusa como arma eficiente para reducir las proporciones del delito y, en ocasiones, para evitarlo, que es lo que fundamentalmente interesa al Estado» (205).

Las excusas absolutorias, dice Astrosa Herrera, «corresponden a hechos determinados por la ley que, sin borrar el carácter delictuoso del acto, y sin

(202) F. GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, «La naturaleza jurídica de la retractación en el delito de información militar falsa», en *Delitos y procedimientos militares*, cit., pp. 615-618.

(203) *Vid.*, al respecto, A. MILLÁN GARRIDO, «La deslealtad en el marco de los delitos contra los deberes del servicio», cit., p. 253.

(204) *Cfr.* F. GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, «La naturaleza jurídica de la retractación en el delito de información militar falsa», cit., p. 618.

(205) R. CALDERÓN SERRANO, *Derecho Penal Militar, Parte General*, Minerva, México, 1944, pp. 227-228.

suprimir tampoco la culpabilidad del agente, eximen, no obstante, de la sanción que ordinariamente se asocia a la perpetración de un delito, por mandato expreso de la ley fundada en consideraciones de variado orden [...], pero obedeciendo siempre a motivos de política criminal» (206).

Es minoritaria la doctrina que, por influencia germánica, ha optado por abandonar las «excusas absolutorias» como categoría dogmática, configurando estas exenciones punitivas, por razones utilitarias, como causas personales de exclusión (o cancelación) de la penalidad (207).

En cualquier caso, las legislaciones penales militares latinoamericanas suelen contener, como decimos, específicas exenciones de responsabilidad criminal basadas en razones utilitarias. Con una breve referencia a algunos de los textos más significativos concluimos este trabajo.

En Argentina, aparte del desistimiento en la tentativa (208), se prevén, en el Código de Justicia Militar, excusas absolutorias respecto a los delitos de traición, rebelión, motín y cobardía.

Establece, en efecto, el texto castrense que «queda exento de pena el complicado en el delito de traición que lo revele antes de comenzarse a ejecutar y a tiempo de poder evitar sus consecuencias» (art. 625). El desistimiento en la rebelión sólo comporta una atenuante específica (art. 646). En cambio, «quedan exentos de pena los que, participando en cualquier grado en la conspiración o proposición, la denunciaren en momentos en que la autoridad no esté todavía sobre aviso, antes de empezar a ejecutarse el delito y a tiempo de evitar que se lleve a efecto» (art. 648), precepto que se reproduce para excusar de pena al implicado que denunciare la conspiración en el delito de motín (art. 696). Por último, según el artículo 760 del Código, el que, habiendo incurrido en actos de cobardía, «vuelva a la acción y se conduzca en ella de una manera digna, será reprimido solamente con sanción disciplinaria; y quedará exento de toda sanción si diese pruebas de extraordinario valor, realizando algún acto heroico».

En la legislación penal militar colombiana (209), sólo se prevén, como circunstancias de exención punitiva, el desistimiento en la tentativa (art.

(206) R. ASTROSA HERRERA, *Derecho Penal Militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 66.

(207) Así, E. R. ZAFFARONI Y R. J. CAVALLERO, *Derecho Penal Militar, Lineamientos de la Parte General*, Ariel, Buenos Aires, 1980, p. 517.

(208) *Vid.*, sobre el desistimiento en la tentativa, con especial referencia a la legislación castrense, E. R. ZAFFARONI Y R. J. CAVALLERO, *Derecho Penal Militar*, cit., pp. 488-493.

(209) *Código de Justicia Penal Militar*, 3.^a edic., con introducción de L. C. Camacho Leyva, Imprenta de las Fuerzas Militares, Bogotá, 1978.

16) y el encubrimiento entre parientes, «dentro del cuarto grado de consanguinidad» (art. 184). Es facultativa la excusa establecida, respecto al falso testimonio, para el militar que «se retracte espontáneamente en el mismo proceso en que se rindió la declaración, versión o dictamen falsos, con la oportunidad necesaria para que la retractación produzca sus efectos» (art. 180).

Las restantes medidas tendentes a favorecer el desistimiento constituyen tan sólo atenuantes específicas. Así, se impondrá únicamente pena de arresto y multa a quienes disolvieren «una reunión tumultuaria que tenga por objeto cometer el delito de rebelión o el de sedición, sin haber causado otro mal que la perturbación transitoria del orden» (art. 130) (210). El mismo efecto atenuatorio se atribuye a la presentación voluntaria del desertor (art. 161) y, en los delitos contra los bienes del Estado, el que, antes de recaer pronunciamiento judicial, «el responsable restituya el objeto que fue materia de la infracción o su valor, e indemnice los perjuicios que se hayan causado» (art. 243.1), restitución que aminora especialmente la pena en el delito de peculado (art. 233.2) (211).

En Chile, el vigente Código de Justicia Militar no contiene, propiamente, más que una excusa absolutoria: la que, en la rebelión, exime de pena a los individuos de la clase de tropa, asimilados y no militares, que, siendo meros ejecutores y no habiendo incurrido en actos de agresión o de defensa, «se sometieren a las autoridades legítimas al ser intimidados para ello en la forma y tiempo que marquen los bandos publicados al efecto» (art. 268). Tal beneficio —que para los Oficiales se reduce a una simple atenuación de la pena— obedece, según Astrosa Herrera, a diversas causas, pero, especialmente, a «la circunstancia de haber desistido [el rebelde] en su conducta apenas fue requerido por la autoridad: con ello el legislador ayuda a quebrar una sublevación militar en marcha» (212).

Respecto al delito de sedición, el Código sólo prevé una excusa facultativa, de alcance limitado, al permitir la exención de pena al soldado, mero ejecutor, sin ninguna circunstancia que agrave su conducta (art. 273).

No son excusas absolutorias, como pretende Astrosa Herrera, las circunstancias previstas en los artículos 271, 287, 332 y 409 (213), que com-

(210) Vid. L. OLIVAR BONILLA, *Derecho penal militar, Aspectos de actualidad*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1980, pp. 79-90.

(211) Vid. L. OLIVAR BONILLA, *Temas de Derecho penal militar*, Temis, Bogotá, 1975, pp. 31-45.

(212) R. ASTROSA HERRERA, *Derecho Penal Militar*, cit., p. 181.

(213) R. ASTROSA HERRERA, *Derecho Penal Militar*, cit., pp. 179-180, 212, 279-280 y 385-386.

portan genuinas causas de justificación. Tal naturaleza ofrece la exención de responsabilidad concedida, respecto al delito de rebelión, a «los cabos y soldados que actúen bajo el mando de los superiores directos» (art. 271), la otorgada a quien dé muerte al autor de determinados actos de cobardía durante el combate (art. 287), la conferida al militar que maltrata a un inferior para contener, por un medio racionalmente necesario, determinados delitos flagrantes (art. 332) y la que puede favorecer al desertor, en caso de «injustificados malos tratos», «enfermedad grave de cónyuge, hijos, hermanos o padres», o «crueldad del servicio en presencia de un estado precario de salud» (art. 409).

Por último, en México sigue siendo de utilidad la obra de Calderón Serrano, no sólo por la carencia de otros trabajos posteriores, sino porque viene referida al Código de Justicia Militar de 1933, aún vigente (214).

Pues bien, en la legislación penal militar mexicana pueden constatarse sólo tres excusas absolutorias, siendo más numerosas las atenuantes específicas basadas en razones utilitarias.

Las excusas vienen referidas a la rebelión y a la sedición. En orden al primero de los delitos, se establece cómo «los sargentos, cabos y soldados que se rindieren con sus pertrechos de guerra no sufrirán castigo alguno» (art. 219.3). También quedará exento de pena quien denuncie la rebelión «en tiempo oportuno, para evitar la ejecución del delito» (art. 221). Y, en la sedición, los ejecutores que «se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de la intimación, a consecuencia de ella, o a la presencia de la fuerza pública» (art. 226).

Las atenuantes específicas se confieren a los rebeldes (art. 219.2) y sediciosos (art. 226) depuestos a quienes no alcance la excusa y, en todo caso, a los amotinados en campaña que «volvieren al orden, antes de cometerse algún otro delito» (art. 307.1 y 2). La exención de pena a los soldados «que justifiquen haberse amotinado contra su voluntad y que no pudieron abandonar las filas» (art. 307) constituye una causa de justificación (incluso una circunstancia excluyente de la acción) y no una excusa absolutoria, como pretende Calderón Serrano (215).

Son, también, atenuantes específicas basadas en razones utilitarias las concedidas, en la malversación de fondos o efectos militares, a quien devolviere lo sustraído «antes de tres días, contados desde que hubiere sido

(214) Por supuesto, deben tenerse en cuenta sus ulteriores reformas parciales, la última por Decreto de 14 de julio de 1994. Cfr. *Código de Justicia Militar*, Publicaciones del Estado Mayor de la Defensa Nacional, México, 1995.

(215) R. CALDERÓN SERRANO, *Derecho Penal Militar, Parte General*, cit., p. 231.

descubierto el delito en la corporación o dependencia» (art. 243), y al militar culpable, por negligencia, de la evasión de detenidos o presos, cuando, merced a sus gestiones, «se lograre reprehender a los prófugos antes de tres meses contados desde que se hubiere efectuado la evasión» (art. 394).

No constituyen excusas absolutorias, aunque como tales las incluya Calderón Serrano, las exenciones de penas establecidas respecto al espía que fuese aprehendido después de reincorporarse a su ejército (art. 207) y para el uso del derecho de presas marítimas que puedan hacer los buques nacionales de guerra o con patente de corso (art. 211) (216).

(216) R. CALDERÓN SERRANO, *Derecho Penal Militar, Parte General*, cit., p. 229.